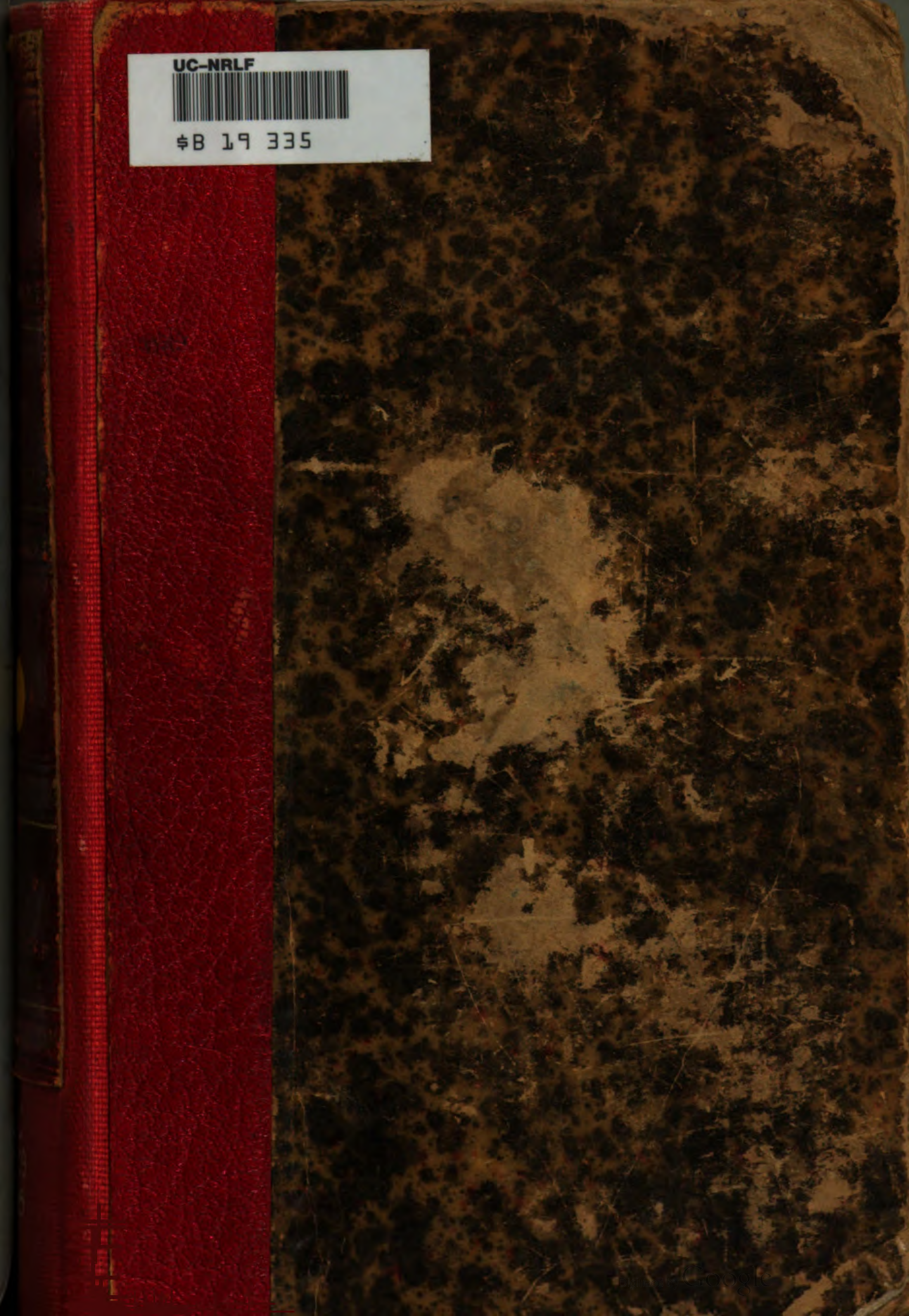


UC-NRLF
$B 19 335


SIGILLVM · VNIVERSITATIS · CALIFORNIENSIS
LVX
FIAT
MDCCCLXVIII
EX LIBRIS



Bibliothèque de l'Histoire du Droit et des Institutions

13

ÉTUDES DE DROIT PUBLIC

— I —

L'ÉTAT

LE DROIT OBJECTIF ET LA LOI POSITIVE

Bibliothèque de l'Histoire du Droit et des Institutions

ÉTUDES DE DROIT PUBLIC

— I —

L'ÉTAT

LE DROIT OBJECTIF ET LA LOI POSITIVE

PAR

LÉON DUGUIT

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX



PARIS

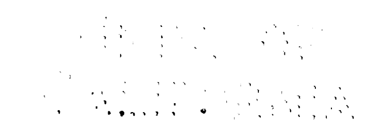
ANCIENNE LIBRAIRIE THORIN ET FILS

ALBERT FONTEMOING, ÉDITEUR

Libraire des Écoles Françaises d'Athènes et de Rome, du Collège de France
de l'École Normale Supérieure et de la Société des Études historiques

4, RUE LE GOFF, 4

1901



INTRODUCTION

Prétendue personnalité de l'Etat. — II. L'Etat limité par le droit. — III. Notion générale de la règle de droit.

Peut-être y a-t-il quelque témérité à publier un livre sur l'Etat et le droit, quand, depuis des siècles, le problème est étudié sous toutes ses faces et que les plus grands esprits n'ont pu le résoudre. Cependant nous tentons l'entreprise. Aussi bien notre excuse est-elle que nous voulons faire avant tout une œuvre négative, montrer que l'Etat n'est point cette personne collective, investie d'un pouvoir souverain, imaginée par l'esprit inventif des publicistes, que le droit n'est point cette construction édifiée de toutes pièces par les juristes sur le fondement peu stable du droit individuel ou de l'omnipotence de l'Etat, que tout cet ensemble de fictions et d'abstractions s'évanouit à la simple observation de la réalité. En un mot, notre but n'est point de dire ce qu'est l'Etat, ce qu'est le droit, mais bien plutôt de dire ce qu'ils ne sont pas. Heureux si nous pouvons contribuer, pour notre modeste part, à briser les cadres étroits et artificiels dans lesquels s'enferme depuis des siècles la pensée juridique.

I

Sauf quelques rares exceptions, toutes les théories modernes de l'Etat et du droit public reposent sur la notion de l'Etat-personne, sur la notion de l'Etat conçu

comme la personnification de la collectivité, et avec diverses variantes on retrouve partout la définition donnée par Bluntschli : « L'Etat est un ensemble d'hommes composant une personne organique et morale, sur un territoire donné, dans la forme de gouvernants et de gouvernés, ou plus brièvement : l'Etat c'est la personne politique organisée de la nation dans un pays déterminé [1]. » Tantôt on voit dans l'Etat une volonté, la volonté collective de cette personne morale dont parle Bluntschli : théorie métaphysique de l'Etat, qui procède directement de J.-J. Rousseau, et dont nos constitutions de la période révolutionnaire sont la plus pure expression. « La souveraineté est, une, indivisible, inaliénable et imprescriptible ; elle appartient à la nation [2]. »

Tantôt l'Etat est la collectivité organisée, réalité biologique vivante comme l'individu, vaste organisme dont les individus sont les cellules composantes, soumis aux lois qui président à la naissance, au développement et à la mort de tout organisme [3]. Tantôt l'Etat est conçu à la fois comme organisme et comme volonté, l'organisme étant le support de cette volonté : « L'essence de l'union étatique, dit Gierke, consiste en ce qu'elle a pour contenu la direction souveraine de la volonté commune ; elle est la communauté de l'action politique ; sa subs-

1. Bluntschli, *Théorie générale de l'Etat*, traduction Riedmatten, p. 18, 2e édit., 1881.

2. Const. 1791, tit. III, Pr., art. 1.

3. R. Worms, *Organisme et société*, spécialement p. 5 et 17, 1896 ; — Novicow, *Annales de l'Institut intern. de sociologie*, 1897, p. 192 et suiv. ; — Lilienfeld, *Méthode organique en sociologie*, dans *Annales de l'Inst. de sociol.*, 1894, p. 39 et suiv. ; — Lilienfeld, *Pathologie sociale*, 1896. — Voir une réfutation intéressante de la doctrine organique par M. Tarde, dans *Revue philosophique*, 1896, t. I, p. 637 ; et les discussions au congrès de sociologie, dans *Annales de l'Institut de sociologie*, 1898. — Cf. Van Kricken, *Die organische Staatslehre*, 1873. — Jellinek, *Das Recht des modernen Staates*, t. I, *Allgemeine Staatslehre*, p. 132 et suiv. — Ce dernier ouvrage a paru pendant l'impression de notre volume.

tance est la volonté commune; sa forme extérieure, la puissance organisée, sa fonction, l'action consciente du but... Il y a un Etat propre du moment où un organisme spécial et particulier de la vie étatique s'est établi[1]. » Et Gerber : « La puissance étatique est la puissance de vouloir d'un organisme moral conçu comme personne. Elle n'est pas un assemblage artificiel et mécanique de plusieurs volontés individuelles, mais la puissance collective morale du peuple conscient de lui-même[2]. »

Tantôt, enfin, on affirme la personnalité collective de l'Etat sans s'expliquer sur son caractère métaphysique ou organique. L'Etat, déclare-t-on, est une personne juridique, c'est-à-dire un sujet de droit; l'Etat entre en relation juridique avec d'autres Etats, d'autres collectivités, avec les particuliers; il est donc un sujet de droit, il est donc une personne. « Le fondement théorique, dit Jellinek, de la conception juridique de la notion d'Etat est la réalité indubitable, naturelle et historique du peuple, dominé par une puissance établie sur un territoire déterminé... Personnalité ou personne, c'est

1. Gierke, *Die Grundbegriffe des Staats*, dans *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, 1874, t. XXX, p. 160.

2. Gerber, *Grundzüge der deutschen Staatrechts*, p. 19, 218, 225, 3 édit., 1880. — V. aussi Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich, als Gebietkörperschaft*, spécialement p. 137-173, 199-232, 1889. — M. Hauriou écrit : « Le tissus métaphysique étatique est la société en tant que fondée sur des idées abstraites, sur la raison, sur la justice, sur l'idéal. » (*La science sociale traditionnelle*, p. 355, 1896. V. aussi *Précis de droit administratif*, *La théorie de l'État*, p. 1 et suiv., 3e édit., 1897, et *Leçons sur le mouvement social*, 2e appendice, p. 144.) Il y a dans ces différents ouvrages des conceptions ingénieuses, mais souvent mystiques, et qui, nous le craignons bien, n'ont rien de scientifique. La théorie des tissus n'est pas reproduite dans la 4e édition du *Précis de droit administratif*, qui vient de paraître, et M. Hauriou y définit l'Etat : « une société qui a engendré en elle-même une chose publique et qui s'y conforme par la souveraineté ». « Cette définition, ajoute l'auteur, fait apparaître trois éléments fondamentaux de l'Etat : une société, une chose publique, une personne souveraine en qui s'incarne le pouvoir politique. » (Hauriou, *Précis de droit administratif*, p. 6, 4e édit., 1900.)

la capacité d'être titulaire de droits, en un mot la capacité juridique. Elle n'appartient pas au monde des choses en soi ; elle n'est pas une réalité, mais une relation d'un sujet à un autre et d'ordre juridique... La personnalité est non pas le fondement, mais le résultat de la communauté juridique... La conception de la personnalité de l'Etat se confirme comme exacte, parce que seule elle peut donner aux manifestations du droit public une explication juridiquement satisfaisante. Seule elle permet de concevoir juridiquement le droit international[1]. » Enfin notre savant collègue, M. Esmein, écrit : « L'Etat est la personnification juridique d'une nation ;

1. Jellinek, *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, p. 20, 26, 27, 32, 1892. — Dans son livre *Allgemeine Staatslehre*, qui vient de paraître, Jellinek écrit : « L'Etat peut donc être conçu uniquement comme sujet de droit, et c'est à la notion de *Körperschaft* qu'il doit se rattacher. Certainement les hommes sont toujours le substrat de la *Körperschaft*, les hommes qui forment une unité collective, dont une volonté dirigeante est établie par les membres de la collectivité. Mais la notion de *Körperschaft* est une notion purement juridique, à laquelle, comme pour toutes les notions de droit, ne correspond dans le monde des faits rien d'objectivement perceptible ; elle est une forme de la synthèse juridique pour exprimer les rapports juridiques de l'unité collective, sa relation avec l'ordre juridique » (p. 150). C'est bien la même idée que veut exprimer M. Michoud quand il écrit : « Pour la science du droit la notion de personne est et doit rester une notion purement juridique : le mot signifie simplement un *sujet de droit*, un être capable d'avoir des droits subjectifs lui appartenant en propre, rien de plus, rien de moins... Nous devons voir dans la notion de personnalité une notion générale commune au droit public et au droit privé... Tout droit doit être rattaché à un sujet capable de le posséder et de l'exercer ou par lui-même ou par des représentants. Si cela est vrai du droit de propriété et des autres droits privés, cela est vrai aussi des droits de souveraineté qui appartiennent à l'Etat... » On voit la conclusion : l'Etat est un sujet de droit, il est une personne, et il ne peut être que la collectivité personnifiée ; à ce titre seulement il peut avoir et il a le droit de commander. (Michoud, *La notion de personnalité morale*, *Revue du droit public et de la science politique*, 1899, t. I., p. 8, 12 et suiv. ; tirage à part, p. 4, 9 et suiv., 1899.) — V. aussi Bernatzik, *Kritische Studien über den Begriff der juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere*, *Archiv für öffentliches Recht*, t. V, 1890, spécialement p. 204 et suiv. ; — H. Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, dans *Handbuch des öffentlichen Rechts* de Marquardsen, 2ᵉ partie, p. 149 et suiv., et spécialement p. 156, 1899.

c'est le sujet et le support de l'autorité publique... Cette autorité, qui naturellement ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente quant aux rapports qu'elle régit, s'appelle la souveraineté... Le sujet ou titulaire idéal et permanent (de cette souveraineté) qui personnifie la nation entière, cette personne morale, c'est l'Etat qui se confond ainsi avec la souveraineté, celle-ci étant sa qualité essentielle. » Et il ajoute : « C'est une abstraction, mais une abstraction féconde, et le produit d'un long développement historique[1]. »

Toutes ces doctrines, quelles que soient l'autorité et l'ingéniosité de leurs défenseurs, ne sont qu'hypothèses et fictions, quand elles n'aboutissent pas à un cercle vicieux. Jellinek déclare que le monde des juristes n'est pas le monde qui forme l'objet de la connaissance théorique, mais qu'il est le monde de l'action, de la vie pratique... « Un monde des choses pour nous, non des choses en soi[2]. » Il a raison. Mais n'est-ce pas précisément affirmer l'existence d'une chose en soi qu'affirmer l'existence d'une personnalité collective derrière les actes, la vie pratique des individus? N'est-ce pas, suivant l'expression du même auteur, créer des hypostases[3], c'est-à-dire donner la personnalité à ce qui n'est que la manifestation d'une force. On veut rester dans le monde de la réalité, et on a raison. Il n'y a de science, quelle qu'elle soit, qu'à cette condition. Or les faits, les voici : des hommes qui ont des

1. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, p. 1, 2e édit., 1899.

2. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 15, 1892. — Dans son livre *Allgemeine Staatslehre*, p. 145, Jellinek déclare « qu'à la notion de droit comme telle ne correspond aucune réalité extérieure à nous ». Nous n'admettrons jamais cela. Singulière science que celle qui a pour objet des notions qui ne correspondent à aucune réalité extérieure !

3. Jellinek, *loc. cit.*, p. 31, et *Allgemeine Staatslehre*, p. 150.

besoins communs, qui ont des aptitudes diverses, qui échangent des services, qui ont toujours vécu en commun et ont toujours échangé des services, qui, par suite de leur nature physique, ne peuvent vivre qu'en commun et en échangeant des services, des hommes dont les uns sont plus forts que les autres, et dont les plus forts ont toujours imposé une contrainte aux plus faibles, des hommes qui agissent, qui ont conscience de leurs actes. Voilà les faits. Hors de là, tout n'est que fiction. Ces hommes réunis forment, dit-on, un être vivant et organisé, pensant, voulant, distinct des individus qui le composent. On ne l'a jamais vu, et on a écrit des volumes sans pouvoir démontrer son existence. Derrière ces volontés et ces consciences individuelles, il y a, dit-on, une volonté et une conscience collectives, distinctes des volontés et des consciences individuelles. Sans doute, un certain nombre d'hommes, à une même époque, veulent et pensent la même chose. En résulte-t-il une volonté, une conscience qui ne soit pas la somme des consciences et des volontés individuelles? Qu'on admette l'hypothèse irréalisable où tous les hommes d'un même groupe social pensent et veulent identiquement la même chose : en sortira-t-il une volonté et une conscience qui ne soient pas celles des individus? Mais, dit-on, cette volonté est déterminée par des buts différents des buts individuels; elle est donc une volonté distincte de la volonté individuelle. Non; une volonté individuelle, même déterminée par un but collectif, reste une volonté individuelle. Qui affirme cette prétendue conscience collective? L'individu. Son affirmation est un acte de conscience individuelle. Que l'individu se saisisse comme solidaire des autres hommes; que le premier acte de la conscience humaine ait été une représentation de la solidarité sociale, c'est possible, c'est même probable.

L'acte n'en a pas moins été un acte de conscience individuelle. Vous pouvez affirmer que l'individu pense et agit, vous ne pouvez affirmer autre chose. Mais derrière ces pensées et ces actes, qui nous apparaissent comme des pensées et des actes individuels, il y a, dit-on, l'essence collective. Nul ne le sait. L'affirmer, c'est formuler une hypothèse métaphysique, c'est raisonner comme les physiciens et les physiologistes, qui, derrière les phénomènes de la nature et de la vie, voyaient le phlogistique et le principe vital, comme les psychologues, qui, sous les phénomènes psychiques, affirmaient l'existence d'une substance pensante, d'une âme immortelle, croyance consolante assurément, affirmation religieuse, sans doute; affirmation scientifique, non.

Mais, ajoute-t-on, si l'on n'admet pas la personnalité de l'Etat, le droit public s'effondre; il n'y a plus de droit public. Singulier raisonnement! Il faut qu'il y ait un droit public, donc il faut que l'Etat soit la personnification de la collectivité. On devrait commencer par prouver la nécessité d'un droit public. On ne la démontre point. Le cercle vicieux est complet. Prouve-t-on d'ailleurs qu'il ne peut y avoir un droit public que si l'Etat est une personne? Ces rapports de droit qu'on affirme *a priori*, on les fait reposer sur ce qu'on appelle des droits subjectifs, c'est-à-dire sur des pouvoirs qui appartiennent à des sujets : pour qu'il y ait un droit public, il faut qu'il y ait des droits subjectifs publics, et, pour cela, il faut qu'il y ait des sujets de droit; l'Etat a des droits subjectifs, donc il est un sujet de droit, une personne. Il faudrait commencer par prouver que ce que l'on appelle l'Etat a des droits subjectifs. La notion elle-même de droit subjectif est une notion *a priori*. Depuis des siècles on a affirmé l'existence de droits individuels appartenant à l'homme, et

on a construit toutes les théories juridiques sur cette affirmation hypothétique. La doctrine du droit naturel est venue au XVIII[e] siècle préciser cette conception. Et tous les juristes contemporains, même ceux qui réservent tous leurs sarcasmes pour le droit de la nature, en sont imprégnés. Ils ne voient dans le droit que le rapport de deux sujets de droit, de deux personnes. Il faut donc créer ces sujets de droit, quand dans le fait ils n'existent pas; et on imagine la personnalité de l'Etat. Mais il eût fallu se demander au préalable ce qu'il y avait de réalité dans ces prétendus droits subjectifs, si ce monde des droits subjectifs n'était pas un monde artificiel et vain, si tous ces raisonnements n'étaient pas une scolastique vide, un jeu d'esprit sans portée. Au surplus, l'aveu du néant de toutes ces doctrines a échappé à un des défenseurs les plus autorisés de la personnalité de l'Etat. Voulant expliquer la différence qui sépare le représentant et l'organe, Jellinek écrit : « Derrière le représentant, il y a une autre personne; *derrière l'organe, il n'y a rien*[1]. » Le même auteur dit encore : « L'Etat ne peut exister qu'au moyen de ses organes; si on supprime par la pensée les organes, il ne reste point l'Etat support de ses organes, mais un néant juridique[2]. » S'il n'y a rien derrière ce qu'on appelle les organes de l'Etat, c'est que la personnalité de l'Etat est une pure fiction, c'est qu'il n'y a que les organes, c'est-à-dire des individus qui imposent aux autres individus leur volonté, et cela sous la sanction de la contrainte matérielle.

1. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 29, 1892.
2. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 512, 1900.

II

Des groupements humains fondés sur la communauté des besoins, sur la diversité des aptitudes individuelles, sur la réciprocité des services rendus ; dans ces groupements humains, des individus plus forts que les autres, soit parce qu'ils sont mieux armés, soit parce qu'on leur reconnaît un pouvoir surnaturel, soit parce qu'ils sont les plus riches, soit parce qu'ils sont les plus nombreux, et qui, grâce à cette plus grande force, peuvent se faire obéir par d'autres : voilà les faits. Qu'on appelle Etat un groupement humain, fixé sur un territoire déterminé, où les plus forts imposent leur volonté aux plus faibles, nous le voulons bien. Qu'on appelle souveraineté politique ce pouvoir des plus forts sur les plus faibles, nous y donnons les mains. Aller au delà, c'est entrer dans l'hypothèse. Dire que cette volonté de ceux qui commandent ne s'impose aux individus que parce qu'elle est la volonté collective, c'est fiction imaginée pour justifier ce pouvoir des plus forts, fiction ingénieuse, inventée par les détenteurs de la force pour légitimer cette force, mais pas autre chose. « Politique de la force », dit Ihering en parlant du droit[1] ; politique de la force, dirons-nous de cette fiction, qu'on appelle la volonté collective. Politique dangereuse, car elle crée et maintient le conflit séculaire entre l'individu et l'Etat qui personnifie la collectivité, entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif, conflit qui ne peut se résoudre, nous le craignons bien, si cette politique se continue,

1. Ihering, *Der Zweck im Recht*, t. I, p. 367, 1877.

que par le triomphe de la tyrannie collectiviste ou de l'anarchisme individualiste. Nous voulons montrer qu'il n'y a pas, qu'il ne peut pas y avoir d'opposition entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif, entre l'individu et l'Etat, que l'intérêt de tous et l'intérêt de chacun sont étroitement solidaires, qu'il y a une coïncidence permanente et absolue des buts collectifs et des buts individuels, que, d'après l'expression de Karl Marx[1], « le libre développement de chacun est la condition du libre développement pour tous », que plus la société se fortifie, plus l'homme s'individualise et réciproquement[2]; qu'en d'autres termes l'*individuel* et le *collectif* se confondent, car le lien social est d'autant plus fort que l'individu est plus libre, et l'individu est d'autant plus libre que le lien social est plus fort. L'Etat n'est donc point cette personne collective, représentant contre l'individu les droits de la collectivité. L'Etat est un groupement dans lequel il y a des hommes qui doivent employer leur force matérielle à réaliser l'intégration sociale en protégeant l'individu et protéger l'individu en travaillant à l'intégration sociale. Ou du moins ce sont ces hommes mêmes plus forts que les autres. C'est dire que dans notre pensée, si la puissance politique est simplement le pouvoir des plus forts, un simple fait, il y a cependant une règle qui s'impose à ces plus forts comme elle s'impose à tous. Cette règle est la règle de droit. Nous aurons à en montrer le fonde-

1. K. Marx et Fr. Engels, *Manifeste du parti communiste*, p. 41, édit. française. D'après le *Manifeste*, il n'en sera ainsi qu'après l'anéantissement de l'ancienne société bourgeoise et de ses antagonismes de classes. S'il est vrai que dans les rapports sociaux le libre développement de l'homme est la condition du libre développement pour tous, cela, nous semble-t-il, est vrai avant comme après le triomphe de la classe prolétarienne. Mais ne touchons pas à Karl Marx ; c'est un Dieu dont l'église est fermée aux profanes.

2. Jaurès, *Socialisme et liberté*, dans *Revue de Paris*, 1er décembre 1898, p. 481.

ment, le caractère et la portée. Nous verrons qu'elle est sociale et individuelle à la fois, permanente dans son principe, essentiellement changeante dans ses applications. Fondée sur la coïncidence des buts sociaux et individuels, cette règle trouve sa première expression dans la conscience des hommes, son expression plus complète dans la coutume, dans la loi positive, et sa réalisation dans la contrainte matérielle de l'Etat, qui n'est ainsi que la force mise au service du droit, non pas d'un prétendu droit subjectif, mais d'une règle sociale des consciences et des volontés individuelles.

Nous voudrions montrer qu'en niant le droit individuel subjectif, qu'en niant ces prétendus droits naturels fondés, d'après l'expression de M. Henry Michel, « sur l'éminente dignité de la personne humaine [1] », nous n'arrivons point aux conclusions décevantes de la doctrine réaliste allemande, dont le représentant le plus accrédité, Seydel, écrit : « C'est une vérité inébranlable : il n'y a pas de droit sans le souverain (*Herrscher*), au-dessus du souverain, ou à côté du souverain; il n'y a de droit que par le souverain [2]. » Nous pensons au contraire qu'il y a un droit sans le souverain et au-dessus du souverain. Nous repoussons également la doctrine de l'*auto-limitation* de l'Etat défendue par Jellinek et qui paraît avoir séduit quelques-uns des représentants les plus distingués de la jeune école française. « De même, dit Jellinek, que l'Etat a la faculté d'*auto-détermination*, de même il a la faculté d'*auto-limitation*... En vertu de l'*auto-limitation*, de force physique, l'Etat devient force morale; sa volonté s'élève d'une puissance sans limite à une puissance juridiquement limitée à l'égard des autres per-

1. Henry Michel, *l'Idée de l'Etat*, p. 646, 1896.
2. Seydel, *Grundzüge einer allegemeinen Staatslehre*, p. 14, 1873.

sonnalités[1]. » L'explication est ingénieuse; mais elle ne résoud pas le problème : cette *auto-limitation* de l'Etat est purement illusoire. Les limites que l'Etat s'imposera à lui-même, elles lui seront dictées par son but, par les mœurs, par l'opinion publique; elles sont morales, politiques, économiques, elles ne sont pas juridiques[2]. Nous repoussons tout cela, et nous croyons fermement qu'il y a une règle de droit supérieure à l'individu et à l'Etat, supérieure aux gouvernants et aux gouvernés, qui s'impose aux uns et aux autres, que, s'il y a une souveraineté de l'Etat, elle est juridiquement limitée par cette règle de droit. Ou le droit n'est rien, ou il est une limitation des volontés individuelles, et ce qu'on appelle la volonté de l'Etat n'est au fond que la volonté d'un certain nombre d'individus. Cette limite de l'Etat, elle est à la fois positive et négative : il y a des choses que l'Etat est obligé de faire; il y a des choses que l'Etat ne peut pas faire. Cette double limite, c'est à la science du droit qu'il appartient d'en fixer le principe, à l'art juridique d'en établir la formule et la sanction pratique. Si la science et l'art juridiques sont impuissants à le faire, leur étude ne vaut pas une minute d'effort.

Ce principe d'une règle limitant positivement et négativement les pouvoirs de l'Etat, nous ne pouvons, nous l'avons déjà dit, le trouver dans le droit individuel antérieur à l'Etat. Le droit de l'individu est une pure hypothèse, une affirmation métaphysique, point une réalité. Il implique à l'origine des sociétés le contrat social, qui est en soi une antinomie ; car, en expliquant

1. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 198, 1887. Cf. *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, p. 9 et suiv., 1880, et *Allgemeine Staatslehre*, p. 331 et suiv., 1900. — V. Le Für, *Etat fédéral et confédération d'Etats*, p. 434 et suiv., 1896.

2. Nicolas Saripolos, *la Démocratie et l'élection proportionnelle*, t. I, p. 278, 1899. — Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 213, 1900. V. cependant Id., *ibidem*, p. 336.

la société par le contrat, on oublie que l'idée de contrat ne pouvait venir qu'à l'esprit des hommes vivant en société : le contrat est né de la vie sociale et non la vie sociale du contrat. En faisant du droit un pouvoir subjectif appartenant à un sujet de droit, on est forcément amené à voir partout des rapports entre sujets de droit, et on fait de l'Etat un sujet de droit, en personnifiant arbitrairement la collectivité; on édifie ces théories artificielles et caduques qui provoquent à juste titre les railleries des sociologues et des philosophes. Si notre législation positive moderne, et particulièrement notre législation civile, se trouve en conflit chaque jour avec les besoins nouveaux, si elle se plie mal aux tendances et aux aspirations de la vie moderne, c'est précisément qu'elle repose tout entière sur cette notion du droit subjectif. Sans doute toute une jeune école essaie, par une interprétation plus souple, d'adapter nos textes positifs vieillis aux besoins nouveaux[1]. L'œuvre est louable; mais elle ne peut aboutir. L'édifice tout entier s'effondre, et on veut recrépir la façade ou bâtir des contreforts. Sa chute définitive peut être ainsi retardée ; elle est inévitable. Toute la législation positive de nos codes a été établie sur le fondement du droit individuel ; et le droit est social, exclusivement social. L'homme moderne sent ou conçoit le droit comme un produit social. Cette antinomie entre les législations positives et la conscience moderne est, à notre sens, une des causes profondes du malaise dont souffrent nos sociétés.

Ce n'est pas à dire cependant que la doctrine des droits naturels individuels ne soit pas venue à son heure et n'ait pas rendu un immense service. La première, elle est

1. V. particulièrement, Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, spécialement, p. 38, 1900: — Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1900.

venue affirmer que le pouvoir de l'Etat est limité par le droit ; et cela restera l'éternel honneur de la révolution française. Quand, au mois d'août 1789 et au mois de septembre 1791, les députés aux Etats généraux affirmaient que le pouvoir de l'Etat n'est pas sans limite, que le législateur lui-même ne peut pas tout faire[1], ils étaient plus grands que Napoléon à Austerlitz ou à Wagram. Mais partant d'un principe artificiel, ils ne pouvaient faire qu'une œuvre incomplète. Ils ne voyaient pas que ces limites de l'Etat ne sont pas fixes, mais au contraire infiniment variables, changeant avec les temps et les pays, que, par exemple, si l'Etat peut, à certaines époques, interdire à l'individu de s'associer, il est d'autres temps où la règle de droit l'oblige au contraire à respecter toutes les associations. De plus et surtout, si la doctrine des droits individuels peut limiter négativement les pouvoirs de l'Etat, elle est impuissante à déterminer les obligations *positives* qui lui incombent. Sans doute M. Henry Michel estime au contraire que la doctrine bien entendue du droit individuel peut fonder à la fois les obligations négatives et positives de l'Etat, et, par exemple, l'obligation de l'Etat à l'assistance[2]. Nous ne le croyons pas : si l'individu a des droits parce qu'il est un homme, il ne peut avoir que les droits qu'il tient de la nature, et,

1. Const. 1791, tit. I, § 3.
2. M. Henry Michel estime que la doctrine individualiste bien comprise conduit à reconnaitre, comme s'imposant à l'Etat, des obligations positives, comme le devoir d'assistance, le devoir d'enseignement et le droit corrélatif de l'individu à l'assistance et à l'enseignement (*l'Idée de l'Etat*, p. 93 et 466) Nous admettons sans hésiter ces obligations pour l'Etat ; mais nous doutons qu'on puisse les faire dériver de la doctrine individualiste, sans lui donner une extension qui en serait la négation. Si les auteurs de la *Déclaration des droits de* 1793 ont reconnu le droit à l'assistance, le droit au travail et le droit à l'enseignement, comme semblent le prouver les articles 22 et 23 de la Déclaration, il resterait à prouver que dans leur pensée ils se rattachaient à la conception individualiste. — V. d'ailleurs *infra*, chap. IV, § 5.

d'après l'expression du XVIII[e] siècle, il a les droits de l'*homme naturel* et pas plus. La collectivité ne peut pas toucher à ces droits, ou du moins elle ne peut y toucher que dans la mesure où cela est nécessaire pour protéger les droits de tous. Elle a ce pouvoir; et l'homme n'a de droits que ceux qu'il tient de sa personnalité, « de son éminente dignité ». Le droit à l'assistance est un droit social, nous voulons dire un droit qui ne peut avoir qu'une origine sociale. Dans la doctrine individualiste pure, l'homme ne peut l'imposer à l'Etat, car, s'il le pouvait, il ne tiendrait ce droit que de l'Etat, de la collectivité, ce qui serait précisément la négation de la doctrine individualiste. La doctrine des droits individuels est bien impuissante à fonder les obligations positives de l'Etat. Ces obligations existent cependant. L'Etat ne doit pas être seulement un *Etat de police* ou un *Etat de droit*, mais aussi un *Etat de culture*. Expressions célèbres [1] qui montrent bien notre pensée. Nous ajouterons cependant : police, droit, culture, ces choses ne sont qu'une seule et même chose ; elles désignent l'ensemble des obligations positives et négatives qui s'imposent à l'Etat ou, plus exactement, qui s'imposent à tous les individus d'un groupe social, aux puissants et aux faibles, aux gouvernants et aux gouvernés. L'Etat, c'est la force matérielle, quelle que soit son origine; elle est et reste un simple fait; mais elle devient légitime si ceux qui la détiennent l'emploient à l'accomplissement des obligations négatives et positives que leur impose la règle de droit, c'est-à-dire l'emploient à la réalisation du droit. Le droit n'est donc point, suivant l'expression de Ihering, la politique de la force; il est la limite de la force.

1. V. notamment Gierke, *Die Grundbegriffe des Staats*, dans *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, t. XXX, p. 161, 1874. — Gneist, *Der Rechtstaat*, 1872, et 2[e] édit., 1879.

III

Quel est le fondement de cette règle de droit? C'est ce que nous nous proposons de rechercher dans ce livre. On ne peut le trouver dans l'individu. Il ne peut donc être que dans la société. Mais ce droit n'est pas un pouvoir de la collectivité, pas plus qu'il n'est un pouvoir de l'individu. Il est une règle objective. Ce n'est pas cependant l'impératif catégorique de Kant. Ce n'est pas davantage la règle morale des doctrines utilitaires ou hédoniques. C'est une règle de fait; une règle qui s'impose aux hommes, non pas en vertu d'un principe supérieur, quel qu'il soit, bien, intérêt, bonheur, mais en vertu et par la force des faits, parce que l'homme vit en société et ne peut vivre qu'en société. C'est en un sens la loi de la vie sociale. Cette règle ne dit pas à l'homme : Fais cela parce que c'est bien, parce que c'est utile, parce que ton bonheur en dépend. Elle lui dit : Fais cela parce que cela est. Elle ne repose pas sur un principe supérieur, mais seulement sur la réalité. Elle a existé au moment où il y a eu des hommes, vivant en société, et elle existera tant qu'il y en aura, identique dans son fondement, variable dans ses applications. Elle est la loi de l'homme social, parce que les faits sont ce qu'ils sont. L'homme la sent ou la conçoit; le savant la formule ; le législateur positif la constate et en assure le respect, et lui-même y est soumis, parce que ses lois ne sont rien, si elles ne sont l'expression de cette règle s'imposant à tous.

Et cependant, cette règle sociale, telle que nous la

concevons, n'est point une loi au sens des lois du monde physique ou biologique, c'est-à-dire une loi exprimant un simple rapport de succession entre deux phénomènes. Les lois du monde physique ou biologique sont des lois de cause; la règle sociale est une loi de but. La doctrine organique, qui a eu naguère un grand crédit, et qui, nous le reconnaissons volontiers, nous a pendant un temps séduit, voit dans les phénomènes sociaux des phénomènes, plus complexes sans doute que les faits biologiques, mais identiques à eux et comme eux soumis aux lois de la vie. On a parlé d'une biologie sociale. On a même parlé d'une statique ou d'une dynamique sociales[1]. Ces systèmes sont venus à leur heure et ont rendu des services; ils ont montré le néant de la théorie des droits individuels ; ils ont établi que la société n'est point un fait voulu et artificiel, mais un fait spontané et naturel. Ils ont eu le tort de vouloir identifier les faits sociaux et les phénomènes physiques ou biologiques. D'où leur discrédit à l'heure actuelle. Quoi qu'on fasse, on n'empêchera pas que le facteur essentiel des faits sociaux soit l'homme même, être conscient de ses actes, et pouvant affirmer qu'il en a conscience. On ne pourra jamais démontrer que les forces de la nature et de la vie soient des forces conscientes ; elles le sont peut-être ; nul n'en sait rien ; nul ne le saura jamais ; il est possible qu'elles le soient; tout est possible ; mais nul ne peut l'affirmer. A chaque acte humain, la conscience individuelle s'affirme. Cette force est-elle libre ? Personne ne le sait. Mais il est

1. Les expressions sont, on le sait, d'Auguste Comte, mais on leur a attribué une portée qu'elles n'avaient certainement pas dans l'esprit de leur auteur (A. Alengry, *Essai historique et critique sur la sociologie* d'Aug. Comte, p. 231 et 244. et suiv., 1900. — Cf. Hauriou, *le Mouvement social*, 1899, qui prétend expliquer la société par les principes de la mécanique rationnelle et les lois de la thermodynamique. V. *Revue de métaphysique*, mars et mai 1879, les critiques de M. Bouasse et la réponse de M. Hauriou).

certain qu'elle est une force consciente. Il est certain aussi que l'homme a conscience de se déterminer par un but. Peut-être en réalité l'acte humain est-il déterminé par des causes. De fait, l'homme agit comme s'il était déterminé par un but. Choisit-il librement ce but? Peut-être. En tout cas, il le choisit consciemment. Les phénomènes du monde naturel nous apparaissent déterminés par des causes, nécessaires ou contingentes, peu importe. Les actes humains nous apparaissent déterminés par des buts choisis librement peut-être, mais à coup sûr choisis consciemment[1]. C'est pourquoi la loi sociale est une loi de but; tout but est légitime, quand il est conforme à la loi sociale, et tout acte fait pour atteindre ce but a une valeur sociale, c'est-à-dire juridique. La règle de droit est donc la règle de la légitimité des buts, et par là elle est tout à fait différente de la loi physique ou biologique qui est la loi des rapports de cause à effet. La règle de droit peut donc s'appeler une règle de conduite, puisqu'elle s'applique à des volontés conscientes, puisqu'elle détermine la valeur relative des actes conscients de l'homme. Mais elle n'est pas une règle morale pas plus qu'elle n'est une loi physique, parce qu'elle ne détermine pas la valeur en soi des actes individuels.

1. Ihering, *Der Zweck im Recht*, p. 2 et suiv., 1877. — « La loi de causalité n'a aucune puissance sur la volonté humaine; mais la loi du but; la volonté est libre vis-à-vis de la nature : elle ne lui obéit pas, elle obéit à sa propre loi. Mais, tandis que la nature est sans puissance sur la volonté, la volonté a puissance sur elle, la nature doit lui obéir quand la volonté veut : toute volonté humaine est source de causalité pour le monde extérieur. La volonté apparait ainsi comme la fin et le commencement du mouvement causal dans la nature : la volonté est un pouvoir de causalité propre vis-à-vis du monde extérieur. » (*Ibidem*, p. 23.) « Le ressort de cette force est le but. Le but comprend : l'homme, l'humanité, l'histoire. Dans les deux mots *quia* et *ut* apparait l'opposition des deux mondes : le *quia* c'est la nature, le *ut* c'est l'homme. » (*Ibidem*, p. 25.) — Pour la distinction des lois de but et des lois de cause, cf. Jellinek, *Allegemeine Staatslehre*, p. 17 et suiv. et p. 123, 1900; — Laband, *Archiv für öffentliches Recht*, t. II, p. 317, 1887.

De cette règle, il nous faudra trouver le principe et la formule. Tout découle de là. Si un acte a une valeur juridique, ce n'est pas parce qu'il a pour support un sujet de droit, que l'on ne trouve pas toujours, pour cette bonne raison qu'il n'existe jamais. Si un acte a une valeur juridique, c'est parce que la volonté qui l'a produit est déterminée par un but conforme à la règle de droit. La vieille notion du lien de droit, du *vinculum juris*, disparaît; le rapport de droit s'évanouit. Un fait humain, c'est-à-dire un fait provoqué par un acte de volonté individuelle, voilà tout ce qu'il y a. Ce fait est un fait de droit, s'il est conforme à la règle de droit; et, dans ce cas, le détenteur d'une force matérielle emploiera légitimement sa force à la réalisation de cet acte de volonté. On dit alors qu'il y a une situation de droit. Conception souple et féconde qui s'adapte merveilleusement, nous espérons le montrer, aux besoins des sociétés modernes. Conception protectrice, car, si elle ne peut justifier l'origine de l'Etat, elle peut en limiter les pouvoirs et l'action et en marquer les obligations. Conception pratique, car elle écarte les longues et vaines controverses sur la personnalité juridique.

Telles sont les idées générales qui ont inspiré ce livre. Il y sera beaucoup parlé de l'Etat, du droit objectif, du droit subjectif et du droit public. L'Etat : nous emploierons ce mot pour nous conformer à l'usage, mais il va de soi que, dans notre pensée, ce n'est pas l'entité personnifiée que l'on a habituellement en vue. L'Etat pour nous, c'est l'homme, le groupe d'hommes, qui en fait, dans une société, sont matériellement plus forts que les autres. L'Etat n'est que cela, il a été et est toujours cela, quelle que soit la forme dont il se revête, que la puissance matérielle appartienne à

un seul, à quelques-uns ou à la majorité. L'idée d'une puissance matérielle, légitime parce qu'elle appartient à l'unanimité, est une fiction; car, si tous voulaient une même chose, il n'y aurait pas lieu de la commander et de l'imposer par la contrainte. Ce serait la négation de l'Etat. Il n'y aurait plus ce fait social qui s'appelle l'Etat. Droit objectif et droit subjectif : ces expressions dont on a usé et abusé ne nous plaisent qu'à demi; nous les employons cependant parce qu'elles sont commodes; il suffit de s'entendre sur le sens qu'on leur donne. Droit public : l'école allemande, que suit fidèlement à cet égard, nous le constatons à regret, la jeune école française, veut établir une séparation complète et absolue entre le droit privé et le droit public. Nous tenons dès à présent à protester contre cette conception. Nous ne nions pas que dans les constructions positives du droit il y ait lieu de faire une distinction entre le droit dit public et le droit dit privé : distinction tenant à la différence de sanction pratique. Mais, s'il y a un droit, il est toujours le même, parce qu'il repose sur la règle de droit, qui a toujours le même fondement. Il n'y a qu'un droit comme il n'y a qu'une justice, et nous craignons que pour nombre de représentants de l'école allemande cette distinction rigoureuse du droit public et du droit privé ne soit qu'un moyen ingénieux de donner une apparence juridique au pouvoir absolu de l'Etat.

Peut-être trouvera-t-on que dans ces études, qui, dans notre pensée, doivent suivre la réalité d'aussi près que possible, nous avons fait un trop large usage de la méthode déductive et que nous n'avons pas su nous dégager entièrement de cet esprit scolastique, dont les juristes sont imbus depuis des siècles, et qu'on leur a si justement et si souvent reproché. Il nous paraît cependant que la méthode déductive est légi-

time, si elle n'est qu'un instrument de découverte. Notre pensée a été de lui donner ce seul rôle, et de ne voir, dans les conclusions auxquelles elle nous conduit, que des hypothèses, tant que ces conclusions ne sont pas confirmées par les faits. Le monde du droit n'est pas ce monde fermé que nous montrent certains juristes, monde séparé de la réalité, monde idéal; c'est un monde de faits tangibles, qu'il faut expliquer et classer; ce sont des volontés humaines qu'il faut saisir dans leurs manifestations concrètes; c'est l'effet social qu'elles produisent; c'est la force matérielle qu'elles mettent en jeu, qu'il faut constater et apprécier. Tous nos efforts ont tendu à ce but[1].

Cependant, ne pourrait-on pas objecter que nous avons négligé les faits, puisque dans tout ce livre il n'est pas question une fois des formes contingentes sous lesquelles se présente l'Etat aux diverses époques et dans les différents pays, et que notre travail est par suite une étude d'abstraction pure. Cette critique, nous semble-t-il, ne serait pas fondée. La méthode d'observation n'interdit pas, bien au contraire, de classer les faits, de les distinguer, sans les isoler de ceux qui les entourent. L'imperfection de l'esprit humain nous y oblige. Or le fait, que nous étudions seul ici, est le fait d'une force matérielle consciente que certains individus prétendent imposer aux autres individus et leur imposent effectivement; ce fait, en soi, reste toujours le même, quel que soit le mode de gouver-

1. Sur la question de méthode en droit public, cf. Deslandres, *la Crise de la science politique*, dans la *Revue du droit public et de la science politique*, 1900, t. I, particulièrement p. 249 et 435. L'auteur fait une critique très juste de la méthode dite juridique, et une critique sévère de la méthode qu'il appelle la méthode sociologique. Mais, sur ce dernier point, la critique me paraît s'adresser bien plutôt à l'insuffisance des résultats obtenus par la sociologie, aux hypothèses indémontrées, qu'elle a eu le tort d'accumuler, qu'à la méthode qu'elle emploie, laquelle n'est et ne peut être que l'observation.

nement des plus forts. Le caractère de cette force matérielle et consciente ne dépend pas du nombre, de la situation de ceux qui en sont possesseurs; il est tout entier dans la *matérialité* de cette force et dans le but qui détermine sa mise en action. Ou, en d'autres termes, l'Etat, quelles que soient ses formes extérieures, monarchie, aristocratie, démocratie, a toujours les mêmes pouvoirs et les mêmes devoirs, ni plus ni moins[1]. Le fait Etat, ainsi compris, est un fait toujours identique à lui-même. Et c'est ce fait, ce seul fait, que nous voulons étudier. Réduit à cela, le champ est singulièrement vaste! Les problèmes y sont nombreux et ardus; il n'en est pas dont la solution intéresse plus directement les sociétés contemporaines.

1. Summer-Maine dit très justement : « Le radical à tous crins d'aujourd'hui semble persuadé que la démocratie diffère essentiellement de la monarchie. Il ne saurait y avoir d'erreur plus grossière ni plus fertile en illusions ultérieures. La démocratie doit exactement satisfaire aux mêmes conditions que la monarchie. Elle a les mêmes fonctions à remplir... Les marques de réussite dans l'accomplissement des devoirs nécessaires et naturels d'un gouvernement sont précisément les mêmes dans l'un et l'autre cas. » (*Essais sur le gouvernement populaire*, traduction française, p. 92, 1887.)

L'ÉTAT

LE DROIT OBJECTIF ET LA LOI POSITIVE

CHAPITRE I

LA SOLIDARITÉ SOCIALE[1]

I. L'individu. — II. La solidarité par similitudes. — III. La solidarité par division du travail. — IV. La solidarité par division du travail (*suite*). — V. La cité antique. — VI. La nation moderne.

Le mot solidarité est un mot dont on fait aujourd'hui un singulier abus. Il n'y a pas de livre, de journal, de réunion, de conférence, de discours d'apparat, où il ne soit maintes fois répété. Pour tout dire, il est à la mode, et il sert à cacher souvent le vide des idées. Cependant il exprime une conception à la fois réelle et féconde, mais qu'il importe de préciser. On a dit que solidarité c'était la charité chrétienne, ou la fraternité de la devise républicaine. Non point. Solidarité, c'est à la fois plus et moins que la charité et la fraternité. La charité et la fraternité constituent un devoir moral. La solidarité est un fait. La notion claire de ce fait sera un ressort d'action, pourra même fonder une règle de conduite; mais la solidarité n'est pas en elle-même une règle de conduite. Le christianisme dit à l'homme :

1. Nous nous sommes largement inspiré, dans ce chapitre, du beau livre de M. Durkheim, *De la division du travail social*, 1893, bien que nous repoussions beaucoup des idées qui y sont exposées.

aime tes semblables; la devise républicaine : agis en frère avec les autres hommes, tes égaux, libres comme toi. La doctrine de la solidarité ne commande pas; elle constate qu'en fait les hommes sont solidaires les uns des autres, c'est-à-dire ont des besoins communs qu'ils ne peuvent satisfaire qu'en commun, qu'ils ont des aptitudes différentes et des besoins divers qu'ils ne peuvent satisfaire que par un échange de mutuels services. La conséquence en est que, si l'homme veut vivre, il ne peut vivre qu'en agissant conformément à la loi de la solidarité. La solidarité n'est pas une règle de conduite, elle est un fait, le fait fondamental de toute société humaine. Elle n'est pas un impératif pour l'homme; mais, si l'homme veut vivre, comme il ne peut vivre qu'en société, il doit conformer ses actes à la solidarité sociale.

La solidarité est ainsi indirectement le fondement d'une règle de conduite : elle prend le tout de l'homme, ses passions, ses désirs, son égoïsme, ses tendances altruistes si elles existent; elle l'invite à développer au maximun son activité individuelle sous toutes ses formes, mais à respecter en même temps l'activité individuelle des autres, car toute atteinte portée au libre développement de l'activité d'un seul réagit sur les autres; elle l'invite à chercher le bonheur ou le moindre mal pour lui-même et pour les autres, car le mal des uns atteint forcément tous les autres. Ce n'est pas la morale du bonheur, ce n'est pas la conciliation de l'égoïsme et de l'altruisme ; c'est la simple constatation d'un fait, la coïncidence des buts et des effets; le mal d'un seul touche tous les autres; le bonheur d'un seul profite à tous les autres. L'intelligence de ce fait n'est pas une découverte; mais notre époque gardera le mérite dans l'histoire d'en avoir eu, la première, la claire vision.

Il importe d'analyser le fait dans ses éléments essentiels.

I

M. Léon Bourgeois, dans un petit livre qui a fait quelque bruit, autant par la personnalité de son auteur que par les idées qui y sont exprimées, écrit : « Pas plus que l'Etat, forme politique du groupement humain, la société, c'est-à-dire le groupement lui-même, n'est un être isolé, ayant en dehors des individus qui le composent une existence réelle et pouvant être le sujet de droits particuliers et supérieurs opposables aux droits de l'homme. Ce n'est donc pas entre l'homme et l'Etat ou la société que se pose le problème du droit et du devoir, c'est entre les hommes eux-mêmes, mais entre les hommes conçus comme associés à une œuvre commune et obligés les uns envers les autres par les nécessités d'un but commun[1]. » A tout prendre, il n'y a là qu'une idée très simple et presque banale ; mais il n'était pas indifférent qu'elle fût nettement affirmée, à notre époque de fausse sociologie et de socialisme mal compris, par un homme d'autorité et de talent, mêlé aux luttes des partis, comprenant et aimant les tendances modernes. Oui, la seule chose qui puisse être affirmée et qui doit être à la base de toute étude sociale, c'est la pensée individuelle, consciente d'elle-même. Le fait irréductible, qui est au commencement de tous les phénomènes dont l'homme est le facteur, c'est la pensée individuelle consciente d'elle-même. La

1. Léon Bourgeois, *Solidarité*, p. 89, 1896.

philosophie moderne a souvent critiqué le mot célèbre de Descartes : « Je pense, donc je suis. » Critique sans portée, car il n'y a là que l'affirmation d'un fait, le seul fait incontestable, indéniable : la conscience individuelle. Tout système philosophique, émanant de la pensée individuelle, n'en est que l'affirmation nouvelle. Critiquer, philosopher, c'est s'affirmer comme être pensant. Les savantes et dédaigneuses théories de nos philosophes modernes n'y changeront rien : la pensée individuelle est, et est consciente d'elle-même. On a reproché aussi au cartésianisme d'avoir enfanté l'individualisme révolutionnaire, d'où proviendrait tout le mal de nos sociétés modernes. Singulier reproche, en vérité. Ce n'est pas le lieu de rechercher ici le lien qui peut rattacher la *Déclaration des droits* au *Discours sur la méthode*. Y aurait-il entre ces deux manifestations de l'esprit humain une filiation, l'individualisme révolutionnaire aurait-il eu, en effet, des conséquences fâcheuses, tout cela ne peut changer le fait. « Je pense, donc je suis » n'est pas l'affirmation d'un principe de doctrine individualiste, c'est la constatation d'une réalité incontestable, la seule réalité incontestable. *La chose en soi*, au sens de la philosophie allemande, est la pensée individuelle. Nous serions tenté de dire seulement : la chose en soi est la souffrance individuelle. Mais au fond l'idée est exactement la même.

Cette pensée individuelle varie sans doute à l'infini. Il y a assurément un abîme entre les états de conscience d'un sauvage africain et ceux d'un Newton, d'un Renan ou d'un Pasteur. C'est toujours la pensée individuelle, toujours identique à elle-même. Cette pensée peut subir les influences externes; son contenu peut lui venir tout entier du dehors; la conscience humaine peut être la table rase de Condillac. Ce sont choses que les philosophes discutent savamment depuis

des siècles. Peu importe la solution : la pensée individuelle est. Le contenu de cette pensée peut être exclusivement social. L'homme a peut-être, comme nous l'avons écrit nous-même, pensé la société avant de se penser lui-même ; l'homme, peut-être, ne pense que parce qu'il est un être social ; la seule réalité objective est, peut-être, la société. Qu'importe? Le contenu de la conscience est, nous le voulons bien, exclusivement social ; mais la conscience est exclusivement individuelle. La pensée individuelle consciente d'elle-même, voilà le fait placé au-dessus et en dehors de tous les systèmes philosophiques ou sociologiques. On nous accusera d'avoir une philosophie simpliste, à l'usage des gens du monde. Le reproche ne nous touche pas. La philosophie la plus simple est encore la meilleure. Et d'ailleurs ici, il ne s'agit pas de philosophie, mais de la simple affirmation d'un fait.

L'observation la plus élémentaire constate un autre fait certain : cette pensée individuelle tend à s'extérioriser, à agir sur le monde extérieur. Cette tendance à l'extériorisation est, si nous ne nous trompons, une loi incontestée et incontestable de la psychologie expérimentale, qui démontre encore que cette tendance est d'autant plus forte que la pensée est plus précise, que la conscience est plus claire. Cette tendance consciente de la pensée interne à agir du dedans au dehors est la volonté ; la manifestation externe de cette volonté est l'action. Y a-t-il dans l'état de conscience et l'acte de volition deux phénomènes psychiques distincts, ou l'analyse ne découvre-t-elle que deux phases successives ou concommittantes du même phénomène psychique, nous n'avons pas à le rechercher. Cela est l'œuvre des psychologues. Cette volonté est-elle libre ou déterminée? On discute depuis bien longtemps sans avoir rien

prouvé dans un sens ou dans l'autre[1]. Mais il est certain que l'acte de volonté est toujours provoqué par un certain facteur que l'individu aperçoit dans l'avenir, et qui est un but. Ce but a-t-il une réalité objective ou n'est-il qu'une illusion de l'esprit ? L'homme choisit-il librement entre les divers buts, ou est-il fatalement déterminé par celui qui lui paraît le plus puissant ? Toutes questions insolubles, dont la discussion est jeu d'esprit, peut-être passionnant, mais sans résultat. Le tout est que l'homme a conscience de ses actes et du but qu'il croit les déterminer et qu'il croit le plus souvent avoir librement choisi. Ce but, répétons-le, n'est pas dans notre pensée une réalité objective, et l'on ne peut nous reprocher de retomber dans les doctrines téléogiques. Ce sont doctrines métaphysiques qui sont indifférentes pour toute étude réaliste et vraiment scientifique. Le but, pour nous, est le résultat dont l'homme a conscience quand il fait un acte de volonté et qu'il croit avoir déterminé sa résolution d'agir. Ce n'est point la cause finale d'Aristote ou de saint Thomas. C'est une finalité beaucoup plus terre à terre. C'est une finalité momentanée et, si nous pouvons dire, intrinsèque à l'individu. Ce n'est pas une finalité naturelle et générale, mais purement contingente et individuelle. C'est un résultat immédiat consciemment voulu, peut-être librement choisi, infiniment variable et changeant, très complexe en apparence, en réalité toujours très simple. C'est le but compris à la manière de Ihering[2]; et pour emprunter son langage, c'est le *ut* qui détermine chaque acte du vouloir humain ; « l'insensé lui-même n'agit pas sans but, et ses actes se distinguent de ceux de l'homme raisonnable non pas

1. Fonsegrive, *Essai sur le libre arbitre, sa théorie et son histoire*, 2e édit., 1896.
2. Ihering, *Der Zweck im Recht*, t. I. p. 25, 1877.

par l'absence de but, mais par la rareté, le caractère anormal du but... Même les actes d'habitude... sont des actes accomplis en vue d'un but, mais l'union fréquemment renouvelée de l'acte et du but a fait que le but a cessé d'apparaître à la conscience comme un élément du processus de volonté[1]. »

Des hommes qui ont conscience d'eux-mêmes, qui pensent, qui veulent, qui agissent en vue d'un but conscient, voilà les seules réalités du monde social. Toute philosophie, tout droit, toute morale, toute politique, toute sociologie en un mot doit partir de là. Tout système qui néglige ou qui nie, à son point de départ ou à son point d'arrivée, le moi individuel, est condamné d'avance ; car il néglige ou il nie le seul fait incontestable, le seul qui ne puisse pas être nié, parce que le nier c'est l'affirmer, puisque la négation est une pensée consciente d'elle-même et sa formule un acte de volonté déterminé par un but conscient.

Mais il est évident que, si la conscience individuelle est la seule réalité, cette réalité, en même temps, s'accroît dans la mesure où s'accroît le contenu de la conscience individuelle. L'homme devient plus homme en même temps qu'il pense plus clairement un plus grand nombre de choses, qu'il veut plus consciemment un plus grand nombre de buts. L'individualité humaine s'affirme d'autant plus que le champ de la conscience se précise et s'étend davantage. L'étendue du contenu de la conscience n'en change pas le caractère ; la conscience devient une réalité plus compréhensive, elle reste la conscience individuelle. La volonté devient un vouloir plus complexe et plus puissant, elle reste volonté individuelle. L'action devient plus fréquente et plus répétée ; en un moindre temps, elle réalise plus d'effets ;

1. Ihering, *Der Zweck im Recht*, p. 21, 1877.

elle reste une action individuelle. Si donc l'homme a conscience non seulement de lui-même, mais encore des liens qui le rattachent aux autres hommes, s'il se conçoit non seulement comme autonome, mais encore comme solidaire des autres hommes, cet état de conscience reste un état de conscience individuelle ; si l'homme veut, non seulement déterminé par un but d'intérêt purement individuel, mais encore par un but d'intérêt collectif ; s'il a en vue dans ses actes non seulement la satisfaction d'un besoin personnel, mais la satisfaction de besoins communs à plusieurs autres, sa volonté, son action restent individuelles. Plus il pense, plus il veut, plus il agit, plus il est homme. Par conséquent, plus il comprend la solidarité humaine, plus il veut, plus il agit dans le but de la réaliser, plus le champ de sa conscience individuelle s'élargit, plus son individualité s'accroît. Il ne devient pas le surhomme de Nietzsche, il reste l'homme même ; il devient plus homme parce qu'il devient une individualité plus haute. L'opposition du socialisme et de l'individualisme, au sens courant de ces mots, n'a pas de raison d'être. Si l'homme devient plus social, il devient plus individuel, puisqu'il pense et veut plus de choses, et, s'il devient plus individuel, il devient par là-même plus social[1]. Cela nous amène à préciser la notion de société humaine.

II

Le moi humain a pour support un être vivant et organisé. Qu'est-ce que la vie? Qu'est-ce qu'une matière

1. V. Gide, *l'Ecole nouvelle*, conférence de Lausanne, 1890. — V. cependant Durkheim, *Représentations individuelles et représentations collectives*, dans *Revue de métaphysique*, ma 1898, p. 273, et la discussion de l'article par Roblot, dans *Revue philosophique*, décembre 1898, p. 430.

organique? Qu'est-ce qu'un organisme? Autant de questions insolubles, ou du moins qui ne peuvent recevoir qu'une réponse négative : Un être vivant et organisé est un être qui meurt. Est-ce à dire que nous sachions ce qu'est la mort mieux que nous ne savons ce qu'est la vie? Assurément non. Mais l'effet en est plus simple, partant plus saisissable. On est convenu d'appeler mort un certain phénomène qui se reconnaît à un petit nombre de caractères facilement reconnaissables. Dire que l'homme est un être vivant et organisé, c'est dire qu'il meurt. Or, c'est un fait d'observation que l'homme meurt plus vite s'il reste isolé des autres hommes. D'autre part, l'homme souffre; la douleur n'est pas un vain mot, comme le voulait la philosophie stoïcienne; elle est bien une réalité, la plus incontestable des réalités. Or c'est encore un fait d'observation que la somme des souffrances humaines est moindre quand l'homme vit en relation avec d'autres hommes. Nous savons bien que les philosophes démontrent très doctement que le bonheur et la douleur sont choses subjectives et relatives[1]. Mais ce sont là raisonnements de cabinet. En fait l'homme souffre, sait qu'il souffre et veut moins souffrir, et en fait, il souffre moins s'il vit dans un groupe humain.

D'un autre côté, ces groupements humains existent et ont toujours existé. Nulle observation ne permet de dire qu'à une certaine époque de l'histoire et de la préhistoire l'homme ait vécu isolé. L'homme naturel de La Boétie, de Locke et de Rousseau n'a jamais existé. Nous ne disons pas qu'il est impossible qu'il ait existé. Qu'est-ce qui est possible? Qu'est-ce qui est impossible? De même que Renan[2] niait le miracle en

1. Voir notamment l'analyse pénétrante de la notion de bonheur dans Durkheim, *Division du travail social*, p. 255 et suiv., 1895.

2. Renan, *Vie de Jésus*, préface, p. VI, 17e édit., 1881. Cf. Renan, *Examen de conscience philosophique*, dans *Feuilles détachées*, p. 401, 1892.

disant que jamais un vrai miracle n'avait été scientifiquement constaté, de même nous nions l'homme naturel, au sens de la philosophie du XVIII[e] siècle, parce qu'il n'a jamais été constaté scientifiquement. Les groupements humains sont un fait du même ordre que les sociétés animales[1], un fait primaire, irréductible et spontané. Fait physique, biologique ou superorganique? Peu importe; toutes ces classifications sont arbitraires, mais le fait est constant. L'homme ne vit pas isolé, mais uni à d'autres hommes. Ces relations présentent un caractère de permanence qui s'impose à l'observateur. Elles apparaissent sous des aspects infiniment divers suivant les temps et les pays; mais le caractère du fait reste toujours reconnaissable, et l'observateur peut toujours le saisir, l'isoler et le constater, en le dégageant des faits qui le précèdent, l'accompagnent ou le suivent.

Seulement le sociologue ne peut pas se borner à cette constatation. En effet, ce fait des groupements humains a pour facteur l'homme même, c'est-à-dire un individu conscient et voulant. Aussi ce que la science sociale doit préciser, c'est bien moins le fait lui-même du groupement social que la forme en laquelle ce fait se reflète dans la conscience humaine et l'action qu'il exerce sur le vouloir humain. Il est essentiel de le bien comprendre. On a dit plus haut que c'était une erreur complète d'appliquer à l'étude des fait sociaux les concepts et les procédés des sciences physiques et naturelles, qu'il y avait là deux ordres d'études absolument distincts, parce que nous ne pouvons pas affirmer que derrière les phénomènes de la nature il y ait une conscience, qu'au contraire nous pouvons affirmer que le facteur par excellence des faits sociaux est un être

1. Espinas, *Sociétés animales*, particulièrement l'Introduction, p. 8, et la Conclusion, p. 539, 2[e] édit., 1878.

conscient : l'homme. Nous touchons du doigt ici la justesse de l'observation. Il nous paraît de toute évidence que, si le sociologue considère le groupement humain comme le physiologiste ou le physicien considère un phénomène de la nature, il n'en apercevra qu'une partie; son observation sera incomplète. Ce qui doit l'intéresser avant tout et ce qui doit déterminer ses conclusions, c'est la représentation de ce fait dans la conscience individuelle; c'est la réaction de ce fait sur les déterminations humaines. De telle sorte qu'en fin de compte tous les faits sociaux, pourrait-on dire, sont des faits de conscience. Comment donc l'homme conçoit-il le groupement humain? Comment l'homme veut- il sous l'influence de ce fait? Voilà la vraie question.

Les états de conscience individuelle à cet égard ont été infiniment divers et sont infiniment complexes. Dans tous les temps et dans tous les pays, des éléments variés ont contribué à la formation de ces états de conscience, éléments du dehors et du dedans, éléments qu'il est impossible d'énumérer et de préciser. Jamais plus qu'à notre époque ils n'ont été complexes et divers; jamais ils ne se sont plus entremêlés. Mais cependant l'observateur découvre bientôt un sentiment assez simple et assez général à la fois, pour se retrouver à toutes les époques dans toutes les consciences humaines; c'est le sentiment de la vie individuelle, qui, en se précisant dans la conscience individuelle, devient une pensée tendant à s'extérioriser, et donne naissance à la volonté de vivre. Peut-être, dans les sociétés très civilisées, ce sentiment lui-même se complique et se déforme chez quelques esprits raffinés[1]; mais, au fond, il reste universel et identique. Il nous apparaît surtout comme cette aspiration constante de l'homme à dimi-

1. V. Durkheim, *le Suicide*, 1898.

nuer la somme de souffrances qui l'atteint, à réaliser le moindre mal, non pas, à vrai dire, à chercher le bonheur (les philosophes ont peut-être raison : parler de bonheur c'est parler de quelque chose d'absolu et qu'on ne peut connaître), mais à diminuer la douleur du moment. La conscience de la vie individuelle amène avec elle le *vouloir vivre*, c'est-à-dire la volonté d'écarter toutes les causes destructives de la vie, ou, ce qui est la même chose, la volonté de diminuer la somme des souffrances humaines. Cette conscience de la vie individuelle et cette aspiration au moindre mal sont inhérentes à tous les hommes dans tous les temps et dans tous les lieux. Cette communauté de sentiment et de tendance constitue un premier lien entre eux. C'est la conscience de la solidarité humaine, dans toute sa généralité; mais elle est et reste une conscience individuelle. Le sentiment commun de la similitude des désirs et des besoins est la forme psychologique en laquelle se traduit l'union de tous les membres de l'humanité. Ce sentiment d'abord obscur et isolé, à l'état sporadique pour ainsi dire, se précise et se généralise avec les progrès de la civilisation, et nous croyons fermement que la conscience de la solidarité humaine peut être considérée, à notre époque, comme un partie intégrante du patrimoine intellectuel de l'homme. M. Marion a pu justement écrire : « Tout groupe de vivants ayant commerce entre eux est une société, au sens général du mot. En ce sens le genre humain tout entier forme une seule et immense société[1]. » Mais ce sentiment de la solidarité humaine est un sentiment exclusivement individuel.

En fait, il y a plus que cela. Tout le monde peut facilement constater que certains hommes sont plus

1. Marion, *Solidarité morale*, p. 156, 1880.

particulièrement unis les uns aux autres. Dans la vaste collectivité humaine, certains groupements plus ou moins cohérents nous apparaissent distincts d'autres groupements, et souvent, presque toujours, en lutte les uns avec les autres. Même à l'époque où l'homme possède le sentiment net de la solidarité qui l'unit à tous les autres hommes, il a la croyance, plus précise encore, qu'il est particulièrement uni à un certain groupe déterminé. D'où les groupements particuliers, qui se projettent dans la conscience humaine sous le même aspect que la collectivité humaine tout entière. Le concept social devient plus net et plus précis, mais il reste individuel, et l'individualité s'en accroît d'autant, en même temps que la solidarité sociale devient plus étroite.

Du moment où, sous l'empire d'influences diverses, communauté d'habitat, d'origine, de croyances religieuses, de dangers, de souffrances, de victoires, le besoin de vivre apparaît à un certain nombre d'hommes comme se présentant pour eux avec la même intensité et les mêmes caractères, lorsque les moyens d'y donner satisfaction leur paraissent être les mêmes, lorsque surtout se forme clairement dans leur esprit le sentiment que ces aspirations et ces désirs ne peuvent arriver à leur réalisation que par la vie commune, il est évident qu'alors la communauté des pensées individuelles entre nettement dans la conscience des membres du groupe. Entre ceux qu'ont ainsi rapprochés diverses circonstances, très variables d'ailleurs, naît le sentiment d'une solidarité plus étroite, fondée sur cette croyance que les membres du groupe ont des besoins identiques, qui ne peuvent recevoir leur satisfaction que par la vie en commun. C'est toujours l'éternel désir de diminuer la souffrance individuelle, c'est toujours cette recherche du bonheur sur laquelle

Aristote établissait justement toute sa philosophie morale et sociale[1]. Ce n'est point la recherche du bonheur commun, mais la recherche en commun du bonheur individuel. Ce rapprochement des hommes d'un même groupe est un fait de nature, l'école biologique a raison. Mais ce fait se traduit dans la conscience individuelle en cette double pensée, que les membres d'un même groupe ont le même besoin de vivre et le même besoin de diminuer la souffrance, et que ce double résultat ne peut s'obtenir que par la vie en commun. Cette double pensée reste individuelle. D'une part elle provient de l'affermissement du lien social, et d'autre part elle rend plus étroits les rapports sociaux; elle est à la fois effet et cause. *L'individualisation* et la *socialisation* marchent de pair si : l'homme est plus étroitement uni à un certain nombre de ses semblables, c'est que le domaine de sa conscience individuelle s'est étendu et précisé; il a saisi un certain fait qu'il ne comprenait pas avant; il s'est compris comme solidaire de l'humanité entière et comme solidaire plus particulièrement d'un groupe. Pensant plus de choses, il accroît son individualité. A cet accroissement de l'individualité correspond une cohésion plus grande du groupement social. L'homme devient ainsi à la fois plus social et plus individuel : plus social puisque il est uni aux autres plus étroitement, plus individuel puisqu'il pense plus de choses.

Il devient plus individuel, aussi parce qu'il veut plus de choses. La volonté et la pensée, on l'a dit plus haut, sont corollaires. La volonté n'est qu'une pensée qui tend à s'extérioriser; l'action, qu'une volonté qui

1. V. le livre I de *la Morale*; le livre III, chap. II et suiv., de *la Politique*, traduction Thurot, t. I, p. 3 et suiv.; t. II, p. 170 et suiv.

se traduit à l'extérieur[1] Si l'homme comprend plus de choses, s'il les comprend mieux, il voudra plus de choses, il les voudra plus fortement, et son action externe sera plus intense. Dès que l'homme a compris qu'il avait les mêmes besoins, les mêmes aspirations à la vie qu'un certain nombre d'individus, et que de plus la réalisation de ces besoins et de ces aspirations ne pouvait résulter que de la vie commune, il a voulu cette vie commune, et il l'a voulue d'autant plus énergiquement qu'il y a vu plus clairement les conditions d'une diminution de souffrance et d'une vie intensifiée. A la communauté des pensées, des aspiration à la vie, s'est jointe la communauté du vouloir vivre et du vouloir vivre en commun. Cette volonté reste une volonté individuelle, car elle dérive d'une pensée individuelle et ne peut être qu'individuelle comme le concept dont elle dérive. Elle est déterminée sans doute par un but qu'on peut en un sens appeler collectif, parce qu'il est le même pour tous les membres du groupe, mais qui, au fond, est un but individuel, car c'est le désir de diminuer la souffrance individuelle par la vie commune. Et serait-il réellement un but collectif, la volonté resterait toujours individuelle, parce qu'elle a pour élément générateur une pensée individuelle, exclusivement individuelle. De volonté collective, nous n'en voyons point; il y a des hommes qui pensent la même chose, qui veulent la même chose, qui veulent moins souffrir et plus vivre; il y a des hommes qui veulent vivre en commun dans ce but; mais ce sont toujours les individus qui pensent et qui veulent. C'est toujours le moi individuel qui s'affirme et qui est partout; le prétendu moi social n'est nulle part.

La volonté individuelle de vivre en commune, disons-

1. V. Blondel, *l'Action*, 1893.

nous. N'arrivons-nous pas ainsi à la doctrine du contrat social? Aucunement. Les adeptes du contrat social partent de l'indépendance naturelle de l'homme et expliquent le groupement social par une convention dans laquelle chacun perd tout ou partie de son indépendance naturelle et acquiert en retour la sécurité. Nous prenons, au contraire, la société comme un fait naturel, donné par l'expérience, et nous recherchons comment ce fait se traduit dans la conscience individuelle et agit sur la volonté individuelle. Ce n'est pas pour nous l'intelligence humaine qui crée volontairement la société; c'est l'intelligence et la volonté humaines qui se modèlent sur la société. Nous ne disons pas : la société existe, parce que les hommes veulent vivre en commun; mais les hommes ont toujours vécu en commun, ne peuvent vivre qu'en commun; du jour où ils ont compris cette nécessité de la vie commune, ils l'ont voulue. Par là ils sont devenus plus hommes, parce qu'ils ont compris plus de choses et ont voulu plus de choses. Ajoutons que, l'hypothèse du contrat social serait-elle vraie, elle ne conduirait pas, comme l'ont cru Rousseau et tous les hommes de la Révolution, au dogme de la volonté collective[1]. Dans un contrat, deux ou plusieurs individus veulent une même chose ou des choses corollaires, leurs volontés sont provoquées l'une par l'autre; mais de ce concours de volontés ne naît pas une volonté *une*. Il y a et il subsiste autant de volontés individuelles qu'il y a de contractants[2]. Aussi, même dans l'hypothèse du contrat

1. « A l'instant, dit J.-J. Rousseau, au lieu de la personne particulière de chaque contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif... lequel reçoit de ce même acte son unité, son *moi commun*, sa vie et sa volonté. » (*Contrat social*, livre I, chap. vi, *Œuvres*, t. II, p. 128, Paris, 1817.)

2. Cf. Jellinek, *System der subjektiven Rechte*, p. 194, 1892.

social (que nous repoussons d'ailleurs énergiquement), notre affirmation reste vraie : le vouloir vivre en commun est une volonté individuelle, exclusivement individuelle. Imaginez des millions d'hommes voulant la même chose, déterminés par le même but, vous aurez des millions de volontés individuelles, vous n'aurez pas une volonté collective. Nous repoussons aussi la doctrine du quasi-contrat social, qui, ces dernières années, a paru séduire quelques esprits distingués, et qui n'est que le système du contrat social atténué ou plutôt déguisé. Rien ne nous paraît plus dangereux que de transporter dans l'observation sociologique ces expressions d'une technique juridique artificielle et vieillie[1].

De tout cela il résulte que la répartition de l'humanité en un certain nombre de groupes plus ou moins cohérents, plus ou moins compacts, toujours rivaux, souvent hostiles, est un fait de nature, dérivant de l'organisation physique de l'homme et se produisant en des formes diverses sous l'influence de causes multiples. Mais ce n'est pas ce fait qui intéresse surtout le juriste sociologue; il ne peut pas le négliger sans doute; mais il doit aller plus loin et déterminer comment les consciences individuelles le saisissent et comment il agit sur les volontés individuelles. Or il nous paraît que les hommes, comprenant qu'ils ont tous le même désir de vivre, la même aspiration au moindre mal, conçoivent de ce chef une vaste solidarité qui les unit tous. Les hommes, comprenant qu'ils ont plus particulièrement les mêmes besoins qu'un certain groupe, se conçoivent plus particulièrement solidaires des membres de ce groupe, et, comprenant

1. Andler, *Quasi-contrat social*, dans la *Revue de métaphysique*, juillet 1897. V. pour la réfutation, au point de vue philosophique, Darlu, *Revue de métaphysique*, janvier 1898.

que la vie dans ce groupe peut seule leur assurer un moindre mal, ils veulent le maintien de cette solidarité. Il y a donc une première forme de solidarité entre les hommes, qui naît de la communauté des pensées, des besoins et des vouloirs. Les hommes se conçoivent solidaires les uns des autres, parce qu'ils pensent la même chose, parce qu'ils ont les mêmes besoins, parce qu'ils veulent par suite les mêmes choses et comprennent qu'ils ne peuvent arriver au moindre mal que par la vie collective. Cette première forme de la solidarité sociale, nous l'appelons la *solidarité par similitudes*[1]. On voit que par solidarité nous n'entendons pas, nous ne pouvons pas entendre un lien matériel, unissant les hommes; la solidarité est une pensée individuelle de l'homme; elle n'en est pas moins une réalité; elle n'est même une réalité sociale que parce qu'elle est une pensée individuelle; seule la pensée individuelle est chose en soi. Cette solidarité par similitude unit les hommes d'un même groupe; elle unit aussi les membres de l'humanité entière; et en parlant, dans les développements, qui précèdent, d'abord de la solidarité humaine, nous n'avons point voulu dire qu'en fait la conscience de la solidarité humaine ait précédé la conscience de la solidarité de groupe; l'inverse plutôt est vrai; mais dans l'exposition nous sommes allés du simple au moins simple.

III

Les hommes ont les mêmes pensées, les mêmes désirs, les mêmes vouloirs ; mais en même temps les

1. Durkheim, *Division du travail social*, p. 73, 1893. M. Durkheim lui donne aussi le nom de solidarité *mécanique*, expression peu exacte, parce qu'elle paraît impliquer l'application à la société des lois physiques.

hommes ont des pensées, des désirs, des vouloirs absolument différents. Ils ont des besoins identiques ; mais ils ont aussi des besoins différents. Les hommes ne naissent pas égaux, ils naissent différents. L'égalité absolue et naturelle des hommes a été un postulat de la philosophie du XVIIIe siècle. La Déclaration des droits de 1789 a proclamé que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit » (art. 1), formule exacte si l'on a voulu dire par là que tous les hommes avaient un droit égal à la protection de la loi positive, formule fausse si l'on a voulu dire qu'en fait les hommes étaient tous égaux et qu'ils devaient par suite avoir le même rôle social. Le fait de nature, comme on disait au XVIIIe siècle, ce n'est pas l'égalité des hommes, c'est leur inégalité, et la tendance générale de l'évolution humaine conduit à une inégalité toujours plus grande. De groupement social dans lequel il y aurait une homogénéité complète, on n'a jamais constaté l'existence. Cette égalité mathématique des hommes, nous devons la nier tant qu'on n'aura pas établi par une observation vraiment scientifique qu'il y a eu, qu'il y a des sociétés où elle a existé, où elle existe. D'après M. Durkheim[1], cependant, « s'il est vrai que l'on n'a pas encore, d'une manière tout à fait authentique, observé des sociétés qui répondissent de tous points à ce signalement, on a le droit d'en *postuler* l'existence », parce que « les sociétés inférieures, celles, par conséquent, qui sont le plus rapprochées de ce stade primitif, sont formées par une simple répétition d'agrégats de ce genre ». De l'aveu même de l'auteur, il n'y a donc là qu'un postulat, c'est-à-dire une hypothèse, dont la fausseté n'est pas démontrée, mais une hypothèse. Dans le clan, la différenciation existerait entre les groupes qui le

[1] *Division du travail social*, p. 189, 1893.

composent, mais non pas entre les membres de chaque groupe. N'est-ce pas dire que dans les sociétés les plus primitives, que l'on peut directement observer, il y a une différenciation entre les individus? Admettre que la différenciation n'existe qu'entre les divers agrégats, c'est dire que chaque agrégat est une réalité, et c'est partir d'une affirmation *a priori*. En tous cas les parties composantes du clan sont à la fois les diverses hordes qui le composent et les individus membres de ces diverses hordes. Si donc des différences existent entre les diverses hordes, elles existent par là même entre les divers individus qui composent le clan. On ne change rien au fait en disant que les parties composantes sont formées d'éléments homogènes. Herbert Spencer nous paraît bien plus près de la vérité quand il dit que de tout temps il a existé une différence entre les individus humains, aperçue de tous et entraînant nécessairement des conséquences : c'est la différence entre les hommes et les femmes. « Les hommes et les femmes, se trouvant exposés, par la dissemblance de leurs fonctions dans la vie, à des influences dissemblables, commencent dès le début à prendre des situations différentes dans la société comme dans la famille[1]. » Mais le philosophe anglais me paraît aller trop loin quand il semble indiquer que la différenciation des sexes a formé la première différenciation politique, la première distinction entre gouvernants et gouvernés. Cette distinction, nous espérons le démontrer, n'est qu'une distinction entre les forts et les faibles, et la différence entre la force et la faiblesse n'a pas toujours correspondu à la différence des sexes. Une infinité d'autres circonstances ont concouru à cette formation : on pense immédiatement à la différence des forces physiques, à

1. Herbert Spencer, *Principes de sociologie*, traduction E. Cazelles, t. III, p. 391, 1883.

la différence des tempéraments, au pouvoir surnaturel qui nécessairement a été attribué à certains membres du groupe primitif. Quoi qu'il en soit, la chose nous paraît hors de tout doute : on n'a jamais observé de collectivité d'hommes, où il y eut une homogénéité parfaite, absolue, entre les individus qui la composent.

Mais ce qui est vrai, c'est que les hommes primitifs devaient plus se ressembler que les hommes civilisés, c'est que l'accroissement de la différenciation humaine a marché parallèlement au progrès de la civilisation, ou, pour parler plus exactement, la civilisation n'est elle-même que l'accroissement des dissemblances entre les hommes. Le progrès et la civilisation apparaissent à beaucoup d'esprits comme la marche incessante vers un idéal supérieur, que l'intelligence humaine conçoit *a priori*. Or nous ne constatons qu'une chose : une transformation incessante et continue des hommes, telle que chacun d'eux comprend plus de notions, a des aspirations plus nombreuses, des besoins plus variés et trouve à sa disposition des moyens de réaliser ces aspirations et ces besoins en un moindre temps. Augmentation des besoins et diminution du temps nécessaire pour y donner satisfaction, voilà le progrès et la civilisation. Est-ce en même temps l'approche d'un idéal de bonheur et de justice? Nous ne demandons qu'à le croire. Scientifiquement on ne peut pas l'affirmer. Aussi bien il est évident que, si dans cette évolution, appelée civilisation, chaque homme pense, veut et peut plus de choses, chaque homme sera forcément plus différent des autres. Chaque individualité humaine devient plus complexe, et par là même sera plus dissemblable de toute autre individualité. Deux membres de la tribu iroquoise, dont parle M. Durkheim[1], sont

1. Durkheim, *Division du travail social*, p. 190. 1893.

sensiblement équivalents; leurs états de conscience sont sensiblement les mêmes, si on compare les légères différences qui les distinguent aux divergences profondes qui séparent physiquement et intellectuellement deux Français du XXe siècle. Tout homme et particulièrement tout homme moderne a ses aptitudes propres, ses aspirations, ses désirs; tout homme se crée en quelque sorte son monde à lui. Les variétés de tempérament physique sont innombrables; les variétés de tempérament intellectuel et moral ne le sont pas moins. L'inégalité est partout, et la civilisation n'est que l'accroissement de cette inégalité. La multiplicité croissante des besoins implique une diversité croissante entre les individus. Tous assurément ont une aspiration commune : la diminution de la souffrance individuelle; mais chacun, pour atteindre ce but unique de tout effort humain, perçoit des moyens divers et a par conséquent des besoins différents. Ces besoins varient suivant les classes de la société, et encore suivant chaque individu dans chaque classe. La différenciation des aptitudes est concordante et corollaire. Le fait est certain; il s'explique physiologiquement et psychologiquement. Psychologiquement, le besoin crée l'organe, c'est-à-dire des aptitudes spéciales se forment correspondant aux besoins, et, si les besoins sont divers, les aptitudes seront aussi diverses. Psychologiquement, toute aspiration interne tend à s'extérioriser et à se traduire en une activité; si les aspirations internes sont différentes, les activités par lesquelles elles se manifestent seront aussi différentes. Ainsi la différenciation des aptitudes et des activités individuelles accompagne la différenciation des besoins individuels et suit une marche concordante. En résumé, la civilisation n'est au fond qu'une différenciation plus grande des hommes, qui, ayant plus de désirs et plus d'acti-

vités, ont des désirs et des activités plus différents. Accroissement des besoins et des activités, et partout diversité des besoins et des activités. Tout cela, ce n'est au fond que l'accroissement de l'individualité humaine. Chacun est plus homme parce qu'il est plus lui-même et se sent plus différent des autres.

Et cependant le progrès de la civilisation concorde assurément avec la naissance et le développement des idées égalitaires. Ce n'est qu'à une époque de civilisation très avancée qu'on a affirmé l'égalité des hommes et qu'on lui a rattaché certaines conséquences sociales. C'est particulièrement en notre siècle que l'idée d'égalité est entrée dans la conscience des hommes, et cependant à aucune période de l'histoire les hommes n'ont été plus différents les uns des autres. N'y a-t-il pas là quelque chose de contradictoire? Nous ne le croyons pas. Sans discuter la question à fond, il suffit de faire remarquer que l'idée d'égalité pourrait être un fait social distinct, s'expliquant par ses causes propres et se rattachant, par voie de conséquence indirecte et par réaction, à la différenciation croissante des hommes. On n'a senti le besoin d'affirmer l'égalité des hommes que lorsqu'on a eu conscience des diversités qui les distinguent. Dans les sociétés, composées d'éléments sensiblement homogènes, on ne parle pas de l'égalité des hommes, parce que les hommes se conçoivent comme ayant des besoins égaux; l'égalité des besoins est le facteur sinon unique, du moins essentiel qui les unit, et l'idée d'égalité ne peut se dégager de l'idée à la fois plus compréhensive et plus simple de la solidarité par similitudes. Le concept d'égalité ne devient autonome que lorsque les différences individuelles s'accusent et deviennent conscientes : les hommes comprennent mieux alors que, malgré ces diversités, il y a entre eux communauté d'aspirations, et surtout égalité de tous

devant la souffrance et désir commun de tous d'en écarter ou d'en diminuer les atteintes. L'idée d'égalité se dégage alors de la conception de la solidarité par similitudes et se traduit à l'extérieur. Mais là cependant n'est pas à notre sens la véritable explication du phénomène. Il y a en effet une marche concordante des différenciations individuelles et des idées égalitaires. Il en est nécessairement ainsi; les deux choses ne sont que les manifestations du même fait : l'accroissement de l'individualité. Affirmer l'égalité des hommes, c'est affirmer non pas qu'ils sont tous identiques, mais qu'ils ont tous une valeur individuelle, également respectable dans les relations humaines. Pour l'esprit superficiel, l'égalité des hommes signifie l'identité des hommes; pour qui va au fond des choses et scrute les causes profondes, qui ont amené la formation de cette idée, l'égalité des hommes est la reconnaissance d'une égale protection accordée à ce que valent les hommes. Ils ont une valeur différente, une individualité différente. Cependant leur valeur est égale, non pas en intensité et en qualité, mais par nature, parce qu'elle est pour tous une valeur individuelle. Et quand la notion de solidarité par division du travail sera nettement entrée dans les esprits, l'idée d'égalité s'y affirmera davantage; car, en comprenant que plus les hommes sont différents les uns des autres, plus ils se rendent de services, on comprendra encore mieux que les activités individuelles, quoique différentes, sont cependant socialement égales, puisqu'elles concourent toutes à la solidarité sociale. Mais n'anticipons pas. Ajoutons seulement que ce qui prouve bien que l'idée d'égalité est une dérivation directe de l'accroissement de l'individualité, c'est que tous les systèmes philosophiques et religieux, fondés sur l'individualisme, ont abouti à l'affirmation bien nette de l'égalité des hommes.

Cela est vrai aussi bien du stoïcisme et du christianisme que de la philosophie du XVIIIe siècle et des doctrines proudhoniennes[1].

La différenciation croissante des hommes est donc un fait incontestable et se concilie parfaitement avec les idées égalitaires. Quelles ont été les causes principales de cette différenciation? Les étudier en détail, ce serait étudier toute l'histoire de la civilisation. Nous en indiquerons quelques éléments au paragraphe suivant. Un point est dès maintenant acquis : l'accroissement constant de la diversité des aptitudes et des besoins. Comment ce fait s'est-il traduit dans la conscience et la volonté des hommes? Par cette pensée, qu'en échangeant les services dus à leurs aptitudes propres les hommes pourront diminuer la somme de leurs souffrances, qu'en développant leur activité individuelle, ils pourront échanger plus de services, par suite diminuer encore la douleur humaine, et par la volonté de développer cette activité et d'échanger ces services, en un mot par la conscience d'une nouvelle solidarité que nous appelons avec M. Durkheim la *solidarité par division du travail.* Le lien qui unit les hommes entre eux n'est plus ici la communauté des pensées et des vouloirs, c'est au contraire la différence des pensées et des vouloirs, la différence des désirs et des besoins : les hommes se conçoivent unis les uns aux autres parce qu'ils ont des aptitudes particulières à chacun, parce qu'ils ont des besoins divers, et qu'en échangeant leurs services ils peuvent assurer la satisfaction de ces besoins divers.

Solidarité infiniment plus puissante que la solidarité par similitudes, mais qui se rattache cependant au

1. V. Bouglé, *les Idées égalitaires*, 1899, qui, à notre sens cependant, ne met pas suffisamment en relief l'idée indiquée au texte. — Faguet, *Politiques et moralistes du* XIXe *siècle*, 3e série, p. 119 et suiv., 1900.

même fondement, au développement de la conscience individuelle. Le lien social devient plus étroit, la *socialisation* augmente par la division du travail. Mais cette solidarité par division du travail a pour facteur essentiel le développement des activités individuelles, la formation des *vocations*. Sans vocation individuelle, pas de division du travail. Cette espèce de solidarité est la condition d'une forte structure sociale ; mais elle est elle-même conditionnée par l'accroissement intensif de l'individualité. La *socialisation* augmente en raison directe de la division du travail; mais la division du travail augmente elle-même en raison directe de l'*individualisation ;* de telle sorte que *socialisation* et *individualisation* ne s'excluent point, mais que l'une procède de l'autre. L'opposition qu'on nous montre toujours entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif n'existe pas. Elle est due à une vue superficielle de la solidarité. Pour beaucoup, solidarité signifie simplement reconnaissance de l'intérêt collectif, et ceux qui prêchent la solidarité prêchent-ils autre chose que le sacrifice de l'intérêt individuel à l'intérêt collectif? N'a-t-on pas défini parfois les doctrines socialistes toutes celles qui tendent à faire prédominer les buts altruistes sur les buts égoïstes, ou les buts collectifs sur les buts individuels ? Tout cela est faux. Si l'on ne s'en tient pas à l'apparence des choses, si l'on comprend bien que le facteur essentiel des groupements sociaux modernes est la division du travail, l'échange des services, qu'il n'y a pas de division du travail possible sans un large et libre développement des activités individuelles, on se convainc que le facteur essentiel de la *socialisation* est le développement des activités individuelles[1]. Déjà on

1. Voir l'article déjà cité de M. Jaurès, dans *Revue de Paris*, 1er décembre 1898, p. 481.

aperçoit les conséquences que nous aurons plus tard à tirer de cette idée, quand nous voudrons déterminer les devoirs et les pouvoirs de l'Etat. Nous serons, pour nous servir des expressions consacrées, très individualiste et très socialiste, très individualiste en refusant à l'Etat le pouvoir de toucher au libre développement des activités individuelles et en lui imposant le devoir de le protéger, mais très socialiste en lui reconnaissant cependant des pouvoirs d'intervention très étendus et en lui imposant des devoirs très rigoureux. Quoi qu'il en soit, un point nous paraît certain, et il est capital : le degré d'intégration sociale dépend du degré d'*individualisation;* il n'y a pas d'intérêt collectif opposé à l'intérêt individuel, et l'intérêt collectif n'est que la somme des intérêts individuels; en d'autres termes, l'intérêt collectif sera sauvegardé quand tous les intérêts individuels le seront, et d'autant mieux sauvegardé que les intérêts individuels seront mieux protégés.

Comment sont nées la conscience et la pratique de la solidarité par division du travail? Du désir de diminuer la souffrance individuelle. Nous ne disons pas que la cause de la division du travail social soit la recherche du bonheur, et nous échappons ainsi aux objections que M. Durkheim adresse aux doctrines hédonistes[1]. L'auteur fait justement observer que, si la recherche du bonheur était la seule cause de la division du travail social, celle-ci se serait arrêtée, parce que le bonheur, s'il existe, ne peut consister qu'en une chose, le juste milieu. De plus l'homme croit peut-être connaître l'essence du bonheur, au fond il ne la connaît pas. Il ne peut pas travailler à la réalisation du bonheur qu'il ne connaît pas. Au reste, il est bien douteux que le bonheur s'accroisse avec le progrès, avec la divi-

1. Durkheim, *Division du travail social*, p. 255 et suiv., 1893.

sion du travail; l'augmentation du suicide avec les progrès de la civilisation semblerait indiquer le contraire. Tout cela est très juste. Mais tout cela ne démontre pas que le seul ressort de l'activité humaine ne soit pas la recherche du moindre mal. L'homme ne peut pas avoir une notion claire de ce qu'est le bonheur en soi, c'est vrai. Mais l'homme souffre, veut moins souffrir et veut tout ce qu'il croit, à tort ou à raison, devoir diminuer sa souffrance. Il est difficile, même impossible, de savoir si la somme de souffrances, existant dans une société parvenue à un certain degré de civilisation, est moindre que celle existant dans une société moins civilisée. Serait-elle plus grande, cela n'infirmerait pas notre proposition. Les hommes souffrent, ont des besoins divers, comprennent qu'ils ont des aptitudes différentes, et, s'ils comprennent en même temps qu'ils peuvent assurer la satisfaction de ces besoins par l'échange des services, s'ils veulent et s'ils pratiquent cet échange des services, c'est parce qu'ils croient et seulement parce qu'ils croient, ou si l'on aime mieux parce qu'ils espèrent, que de cette division du travail résultera une diminution de souffrance. Si cette division du travail va toujours s'accroissant, c'est que la diversité des désirs et des besoins s'accroît sans cesse, c'est qu'il reste toujours de la souffrance dans le monde et que cette aspiration vers le moindre mal ne se trouve jamais satisfaite. On peut disserter sur le bonheur, le fait de la souffrance est toujours là. On peut dire que la souffrance est féconde et méritoire. On peut fonder ainsi des doctrines religieuses et morales d'inspiration élevée. En fait l'homme a toujours voulu et voudra toujours moins souffrir, et là est pour nous l'unique facteur de ses pensées et de ses actes.

Toutefois nous admettons volontiers avec M. Dur-

kheim qu'en outre certaines variations du milieu social ont agi sur les progrès de la division du travail. La cause générale et inconsciente qui a favorisé le développement de la division du travail social est la condensation progressive des sociétés, et cette condensation s'est produite au cours de l'histoire de trois manières : 1° la population est allée se concentrant sur un territoire plus petit ; 2° des villes se sont formées, et il s'est manifesté une tendance générale des campagnes à affluer dans les villes ; 3° enfin le nombre et la rapidité des voies de communication se sont accrus dans des proportions considérables. En résumé, la division du travail social varierait en raison directe du volume et de la densité des sociétés. La division du travail social aurait encore des causes organico-psychiques. L'hérédité entrave le développement de la division du travail social parce qu'elle empêche les changements et les initiatives individuels. Mais pour différentes raisons l'obstacle résultant de l'hérédité va en diminuant. L'hérédité perd de son empire au cours de l'évolution parce que se sont formés certains facteurs d'activité qui ne relèvent pas d'elle : d'une part les grandes races humaines restent stationnaires, et d'autre part il paraît établi que la transmission des aptitudes spéciales n'a pas lieu[1].

Quoi qu'il en soit, il est certain que les hommes ont des aptitudes diverses et des besoins différents, que la diversité de ces aptitudes et de ces besoins augmente constamment avec les progrès de la civilisation, ou plutôt constitue la civilisation elle-même, et que les hommes ont conscience d'être unis les uns aux autres, parce qu'ils comprennent qu'ils ne peuvent arriver à la satisfaction de ces besoins divers que par un

1. Durkheim, *loc. cit.*, p. 338 et suvi.

échange de services rendus, que cette solidarité est d'autant plus étroite que les diverses aptitudes individuelles sont plus accusées, car les échanges sont alors plus fréquents et plus productifs. Par suite le lien social est d'autant plus fort que l'homme est plus individualisé. La division du travail social est ainsi à la fois élément de solidarité et d'*individualisation*. Elle a été spontanée d'abord; l'homme en a pris conscience, elle est devenue voulue, et elle doit être voulue. Nous verrons plus loin que la solidarité par division du travail est, avec la solidarité par similitude, le fondement de la règle de droit.

IV

Cette solidarité par division du travail se réalise, disons-nous, par l'échange des services dus aux activités différentes de chacun. Ces échanges de service sont-ils toujours des contrats? S'il en était ainsi, il faudrait dire qu'à mesure que la solidarité par division du travail social s'accroît le domaine du contrat s'accroît aussi, et que les sociétés, à mesure qu'elles progressent, s'acheminent vers un régime qui ne serait qu'un vaste système de contrats. De bons esprits l'ont pensé. On connaît la théorie de M. Fouillée, qui voit dans les sociétés modernes un *organisme-contractuel*. « Historiquement, dit-il, il est incontestable que le régime contractuel tend à dominer de plus en plus dans les sociétés modernes; le droit attache une importance croissante à l'idée de contrat, qui finit par remplir les neuf dixièmes de nos codes et qui un jour y figurera

depuis le premier article jusqu'au dernier[1]. » De même, d'après Herbert Spencer, les sociétés modernes auraient ou tendraient à avoir pour base unique un vaste système de contrats particuliers, dans lesquels se traduiraient les rapports des individus entre eux : c'est ce qui caractériserait les sociétés *industrielles*. « L'opération de l'échange, primitivement indéfinie, est devenue *définie* lorsque l'*industrialisme* a eu fait des progrès considérables... Dans les sociétés industrielles, chaque homme peut s'entretenir par son travail, échanger ses produits contre ceux d'autrui... sans obéir à l'action de la société dans son ensemble[2]. » Enfin, d'après M. Durkheim, « il est très vrai que les relations contractuelles qui étaient rares à l'origine ou complètement absentes se multiplient à mesure que le travail social se divise; mais ce que M. Spencer semble n'avoir pas aperçu, c'est que les relations non contractuelles se développent en même temps ». Et l'auteur en donne pour preuve la réglementation de plus en plus rigide par la loi positive des rapports familiaux et patrimoniaux, et le développement croissant du droit constitutionnel et administratif[3].

Il y a beaucoup de vrai dans l'observation de M. Durkheim. Mais nous croyons qu'il faut aller plus loin encore; non seulement les relations non-contractuelles se développent dans nos sociétés modernes à côté de la division du travail, mais encore le domaine du contrat diminue à mesure que le travail social se divise davantage. Ces échanges de services, par lesquels se réalise surtout la solidarité sociale moderne, tendent de plus en plus à perdre le caractère contrac-

1. Fouillée, *Science sociale contemporaine*, p. 394, 1880.
2. Herbert Spencer, *Principes de sociologie*, traduct. Cazelles, t. III, p. 806 et 808, 1883.
3. Durkheim, *Division du travail social*, p. 225, 1893.

tuel. Nous reviendrons plus tard sur ce point[1]. Mais il importe de le signaler dès à présent. Il est facile d'apercevoir la raison générale de ce fait anormal au premier abord. Le contrat n'est pas simplement le concours de deux volontés ayant un même objet, le contrat n'est pas seulement le fait de deux individus voulant échanger des services. Il y a plus que cela : dans le contrat la volonté de chacun des contractants est déterminée par l'acte de volonté de l'autre contractant. Si je fais un contrat de vente, c'est-à-dire si je veux livrer à telle personne telle chose déterminée, c'est parce que cette personne veut me payer un prix que je considère comme équivalent, et ce prix est payé par l'acheteur parce que le vendeur veut lui livrer une chose déterminée. Il n'y a pas seulement deux volontés concourantes. Il y a deux volontés qui sont déterminées réciproquement l'une par l'autre. De là suit évidemment que le régime des contrats dominera particulièrement dans les sociétés où les volontés apparaîtront comme sensiblement égales, parce qu'elles ont pour support des individus peu différenciés les uns des autres. Ou, sous une autre forme, les relations individuelles se réalisent surtout par des contrats dans les sociétés où, les individus étant peu différenciés, les conditions du contrat peuvent se débattre librement, où telle volonté ne se détermine que parce qu'elle a conscience de la détermination correspondante et équivalente d'une autre volonté. D'autre part, le prédominance du régime contractuel implique que les échanges de services sont relativement peu nombreux, car ils ne peuvent se réaliser qu'après que les conditions du contrat ont été longuement et librement débattues. Si les échanges de services augmentent progressivement à mesure que le temps accordé pour les réaliser diminue, le contrat est

1. V. *infra*, ch. v., §§ 6 et 7.

impuissant à y satisfaire. Or nos sociétés modernes sont précisément caractérisées par ces deux faits : différenciation de plus en plus grande des individus entre eux et augmentation dans des proportions considérables des échanges avec nécessité de les effectuer dans un temps toujours plus court. Les individus sont de plus en plus différents les uns des autres ; les variations de force et de faiblesse s'accusent davantage, et, dans l'état économique actuel, la cause principale en est l'accumulation des capitaux. Peut-on dès lors parler de contrat entre deux prétendus contractants, qui sont dans des conditions absolument différentes, qui souvent ne se connaissent pas et qui ne peuvent point débattre les conditions du contrat. Ce qu'il y a, c'est sans doute un concours de volonté : deux volontés veulent la même chose, mais ne sont point déterminées l'une par l'autre ; elles ne peuvent pas l'être parce qu'elles ne sont pas égales. Les exemples abondent pour le démontrer. Peut-on parler raisonnablement d'un contrat de louage de service entre l'employeur puissant capitaliste et l'ouvrier ; l'employeur fixe d'avance et spontanément le salaire, et l'employé l'accepte ; l'employeur le fixe non pas parce que tel employé l'accepte, mais pour une cause tout autre ; l'employé l'accepte et veut travailler moyennant ce salaire parce qu'il veut vivre. De contrat, il n'y en a point. On est bien loin du contrat de louage d'ouvrage librement débattu entre l'employeur et l'employé, tel que l'a compris le Code civil. Si le caractère contractuel a disparu dans les rapports de l'employeur et de l'employé, ce n'est point parce que la loi positive est intervenue, mais la loi positive intervient d'autant mieux qu'il n'y a plus, qu'il ne peut plus y avoir de rapport contractuel. Et de même, peut-on voir un contrat de transport, entre la compagnie de transport ou l'Etat qui fixe d'avance le tarif, et l'individu qui paie ce tarif pour

avoir le transport de ses choses ou de sa personne, entre le grand magasin même qui d'avance arrête le prix fixe des marchandises qu'il offre au public et le client qui l'achète plus tard. Vouloir appliquer à de tels actes la vieille théorie du contrat, c'est aller contre les faits. M. Durkheim a cru prouver la régression des rapports contractuels en citant quelques articles du Code civil, qui prohibent certaines clauses dans les contrats. La preuve ne nous paraît pas bonne. Les dispositions rappelées sont empruntées au droit coutumier et reposent tout au contraire sur une conception exclusivement contractuelle, qui a été assurément celle des rédacteurs du Code[1]. L'auteur est plus dans le vrai quand il montre d'une part la disparition des rapports contractuels dans les relations familiales, et d'autre part l'accroissement du droit constitutionnel et administratif qui est un droit non contractuel. Et cependant le droit constitutionnel et administratif n'est pas forcément un droit non contractuel. A l'époque féodale, il était au contraire exclusivement contractuel. Les relations dites constitutionnelles et administratives suivent l'évolution générale du droit, et de nos jours, cela est vrai, elles deviennent de moins en moins contractuelles, mais il en est ainsi de toutes les relations juridiques.

En résumé l'échange des services, par lequel se réalise la solidarité par division du travail, se traduit de moins en moins dans des contrats, parce que les individus deviennent de plus en plus différents les uns des autres, et parce que leurs relations se multiplient indé-

1. M. Durkheim cite notamment les articles 1602, 1628, 1629, 1641, 1643, 1674 du Code civil. Parmi ces articles, les uns prohibent en effet certaines clauses, les autres ne font que tracer au juge des règles d'interprétation de volonté et ne limitent aucunement le caractère contractuel de la vente.

finiment dans un temps toujours plus court. L'échange de services tend de plus en plus à se réaliser par un, deux ou plusieurs actes unilatéraux de volontés, qui veulent la même chose, mais qui ne sont point déterminées l'une par l'autre. Tout acte de volonté individuelle, même isolé, peut produire un effet social; plusieurs actes de volonté individuelle peuvent produire un effet social; cet effet ne résulte pas d'un prétendu contrat, mais de ces actes de volonté unilatéraux. Au plus cet effet pourrait-il provenir de la collaboration non contractuelle de ces volontés, du concours de ces volontés voulant la même chose, de ce que Jellinek appelle la *Vereinbarung*[1]. On recherchera plus loin si cette collaboration elle-même ne se ramène pas à un acte unilatéral[2].

Un mot encore sur la solidarité par division du travail. Par un effet de réaction qui s'explique facilement, la conscience claire de la solidarité par division du travail provoque la formation d'une nouvelle solidarité par similitudes, qui vient à la fois renforcer les liens sociaux et accroître l'individualité des hommes : les deux choses vont toujours ensemble. Et ainsi s'augmente encore la complexité de nos sociétés modernes. Malgré la diversité croissante des aptitudes et des besoins, il y a forcément, dans une société donnée, des groupes d'individus qui ont des besoins et des aptitudes sensiblement identiques. Nous ne voulons pas parler, bien entendu, des aspirations et des tendances qui, malgré la différenciation croissante des individus, restent communes à tous; la solidarité par similitudes subsiste malgré le développement de la solidarité par division du travail et forme en quelque sorte la sub-

1. Jellinek, *System der subjektiven Rechte*, p. 193, 1892.
2. V. *infra*, chap. v, § 8.

structure permanente de la société[1]. Nous voulons parler des aptitudes et des besoins particuliers, qui se rattachent à une même spécialité, qui, à des degrés divers sans doute, se trouvent exister, cependant identiques, chez certains groupes d'individus. La division du travail social se réalise par l'échange des services dus aux aptitudes diverses. Mais, dans toute société, ce sont des pluralités d'hommes qui demandent et peuvent rendre les mêmes services. Dès lors il se formera naturellement entre les individus ayant, au milieu de la diversité générale, des besoins et des aptitudes du même ordre, un rapprochement, d'abord inconscient, et qui peu à peu devient conscient et voulu. Au sein des sociétés modernes, vastes et complexes, se produit un phénomène tout à fait analogue aux premières formations sociales. La similitude des besoins et des aptitudes a uni les hommes primitifs en des sociétés isolées les unes des autres ; la même similitude unit en des groupes distincts les hommes modernes, qui font ainsi, en même temps, partie de la grande société et de sociétés plus restreintes.

Ce phénomène de groupements partiels est un produit naturel de la différenciation sociale. On peut le qualifier exactement de mouvement *associationniste*, et appeler ces groupes *groupes professionnels*, en prenant cette expression dans son sens le plus large. Il faudrait de nombreuses pages pour en décrire l'évolution. D'après les idées généralement reçues, ce mouvement *associationniste* aurait atteint son maximum au moyen âge et au début de l'époque moderne. Arrêté par la politique centralisatrice et niveleuse de la royauté française, il aurait été complètement supprimé par la Révolution, héritière de l'absolutisme royal et inspirée par

1. V. Tarde, *Lois de l'imitation*, particulièrement le chapitre II, p. 41 et suiv., 1890.

une fausse conception de l'individualisme. Il renaîtrait aujourd'hui; la tendance moderne aux groupements corporatifs ne serait qu'un retour à l'état économique et social du moyen âge[1]. Nous ne croyons pas que les groupements corporatifs du moyen âge soient un phénomène du même ordre que le mouvement associationniste contemporain et qu'il se rattache aux mêmes causes. Les groupements corporatifs du moyen âge nous paraissent constituer la transition entre la société féodale et la nation moderne; ils forment une série de petites sociétés, préparant les grandes sociétés nationales; et, s'ils disparaissent, ce n'est pas à vrai dire sous l'action de la politique royale ou de l'individualisme révolutionnaire. Ces deux facteurs auraient été impuissants à les anéantir, si ces groupements eussent continué de répondre à un besoin social : ils ont disparu du jour où une forte intégration nationale les a rendus inutiles. La centralisation monarchique et révolutionnaire était elle-même beaucoup plus un effet qu'une cause; elle dérivait de la solidarité nationale toujours croissante, bien plutôt qu'elle ne la préparait. Nous ne saurions donc reprocher, comme c'est aujourd'hui un lieu commun, à l'Assemblée constituante, le vote de la loi Le Chapelier (L. 14 juin 1791), qui prohibe, on le sait, le rétablissement des corporations « sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit », « parce que l'anéantissement de toutes les espèces de corporations des citoyens du même état et profession est une des bases fondamentales de la constitution française ». Le motif et la solution étaient très justes en 1791 : l'intégration nationale est achevée, elle englobe tous les citoyens dans les liens d'une étroite

1. V. Boncour, *le Fédéralisme économique*, particulièrement p. 7 et suiv., 1899.

solidarité ; elle se suffit à elle-même ; elle exclut tout groupement différent d'elle-même. Le tort du législateur de 1791 (et peut-on lui en faire grief?), c'est de n'avoir pas prévu l'avenir, de n'avoir pas compris que tout change, que cette puissante intégration nationale, telle qu'il la concevait et telle qu'elle existait alors en réalité, n'était qu'un moment dans la vie d'un peuple, que le temps était proche où, sous l'empire des causes précédemment décrites, de nouveaux groupements intra-nationaux allaient s'élaborer, produits de la forte différenciation sociale, due surtout aux immenses progrès économiques et industriels. Le mouvement associationniste moderne n'est donc point un retour au passé ; il est un pas vers l'avenir, et c'est une erreur complète de vouloir construire les corporations nouvelles sur le modèle ancien.

Groupes industriels, commerciaux, agricoles, mutualistes, charitables, ouvriers, scientifiques, religieux, etc... tous se rattachent à de nouvelles similitudes nées d'une division croissante du travail social. Ils sont encore peu cohérents ; leurs membres n'ont encore qu'une conscience obscure de la solidarité par similitudes qui les unit. Qu'on ne s'en étonne point. Ils ne sont pas l'aboutissant d'une longue élaboration ; ils sont le premier stade d'une évolution qui commence. Mais déjà l'observateur peut facilement constater l'accroissement rapide du mouvement et saisir les signes irrécusables d'une cohésion corporative toujours plus grande et d'une conscience, chaque jour plus claire, des intérêts et des activités similaires, qui unissent les hommes par un lien distinct du lien national, mais au sein de la nation. La formation de ces groupes en effet ne porte point atteinte à l'unité nationale, bien au contraire ; elle enchevêtre et renforce en les hiérarchisant les facteurs, qui donnent à une société nationale une solide struc-

ture. Les nombreuses lois syndicales et mutualistes, promulguées ces dernières années en France et à l'étranger ne sont que les manifestations extérieures de cette constante progression.

Ajoutons, et c'est essentiel, que la formation chaque jour plus active de ces groupes corporatifs et mutualistes ne tend point à diminuer ou à absorber la personnalité individuelle; elle tend au contraire à l'affirmer de plus en plus. Par elle les liens de solidarité qui unissent l'homme aux autres hommes deviennent plus nombreux et plus complexes; par elle le champ de la conscience individuelle s'élargit. A mesure que le mouvement associationniste s'accroît, l'homme moderne se saisit comme uni aux autres homme, à la fois par une solidarité mécanique générale, par une solidarité organique, et à quelques-uns par une similitude spéciale d'intérêts et d'aptitudes; dans ces petits groupes eux-mêmes une division du travail nouvelle se produit, qui unit encore davantage leurs divers membres. L'homme se sent d'autant plus homme, il est en effet d'autant plus homme qu'il est plus associé. Qu'on ne nous dise pas que l'individualité se perd dans les groupes corporatifs; c'est la grande erreur de l'école libérale. Au contraire l'individualité grandit. Qu'on ne dise pas non plus que ces groupes corporatifs ont une réalité distincte des individus qui les composent et forment nous ne savons quels centres organiques du corps social, quelles prétendues personnes juridiques. Pure hypothèse, simple métaphore. Il n'y a que des individus, et partout des individus. Seulement plus ils sont associés les uns aux autres, plus ils ont conscience de la solidarité infiniment complexe qui les unit et plus les groupes sociauxqui les encadrent sont nombreux, plus la pensée individuelle devient compréhensive, et par con-

séquent plus l'individualité s'accroît[1]. On parle de conscience corporative, de volonté corporative, et pour tout dire de la personnalité des corporations, des associations. Fiction, création imaginaire. Des individus et seulement des individus, qui pensent et qui veulent, qui pensent et qui veulent plus de choses, parce qu'ils sont pris dans un réseau d'associations plus serré. Nous aurons plus tard à tirer des conséquences très importantes de cette observation et à montrer que la construction juridique de l'association découle naturellement de ce fait, sans qu'il soit besoin de recourir à la fiction de la personnalité[2].

V

Décrire l'évolution complète de cette double solidarité sociale, ce serait entreprendre toute une sociologie, et nous n'avons pas cette prétention. On doit cependant jeter un regard sur les deux formes sociales types de l'antiquité et de l'époque moderne, la cité et la nation. Les sociologues discutent longuement le point de savoir quelle a été la forme première des sociétés humaines. M. Durkheim estime qu'on peut « postuler » l'existence de la horde comme type primaire des sociétés; la horde serait devenue le *clan* « au moment où elle a cessé d'être indépendante pour devenir l'élément d'un groupe plus étendu »; et le même auteur appelle « sociétés segmentaires à base

1. V. Bouglé, *les Idées égalitaires*, p. 190, 1899; — Simmel, *Ueber sociale Differenzierung*, particulièrement, p. 100, 116, 1895.
2. V. *infra*, chap. III, §§ 4 et 5.

de clan » les peuples qui sont constitués par une association de clans. Nous ne discuterons pas cette opinion; nous ne discuterons pas non plus les diverses doctrines émises sur la famille patriarcale et sur les sociétés patriarcales isolées. Tout ce qui a été dit sur ces divers points est très ingénieux, mais la part de l'hypothèse y est beaucoup plus grande que celle de la certitude[1]. La cité, forme sociale type de l'antiquité grecque et romaine, nous est mieux connue.

Elle paraît n'avoir été primitivement qu'un groupement de familles ayant toutes probablement une origine commune. En outre la religion dut être le facteur essentiel de l'agrégation[2]. Il faut y ajouter la communauté des intérêts due à une infinité de causes diverses. Dans la cité, les individus sont fortement unis les uns aux autres; mais, contrairement à ce qui est dit souvent, leur individualité n'est point absorbée par la collectivité. Au contraire, la cité est la forme sociale, où, pour la première fois, on peut constater historiquement comment la *socialisation* et l'*individualisation* marchent de pair. L'individualité du citoyen s'affirme nettement parce que les liens sociaux qui l'enserrent sont plus complexes et plus forts et parce qu'il en a une conscience plus claire. A l'inverse la solidarité sociale est devenue plus intense, la cohésion de la collectivité est devenue plus étroite, parce que le domaine de la personnalité individuelle s'est agrandi. Le citoyen se saisit à la fois comme membre de la famille et comme membre de la cité; il a conscience en même temps de la solidarité qui l'unit aux membres

1. Durkheim, *Division du travail social*, p. 190, 1893; — Starcke, *Famille primitive*, 1891; — Morgan, *Ancient society*, particulièrement p. 62 et suiv.

2. Fustel de Coulanges, *Cité antique*, nous paraît cependant avoir exagéré l'influence religieuse.

de la famille dont il fait partie et de la solidarité qui l'unit aux membres de la cité dont sa famille fait partie. Le champ de sa conscience s'est élargi, et par là-même son individualité s'est accrue.

La cité est une société plus compliquée, plus étendue que la famille, mais c'est une société de même ordre, et la solidarité par similitudes, comme dans le clan, comme aussi dans la famille, y occupe encore la place prépondérante. D'abord les similitudes qui existent entre les membres d'une même famille : communauté d'origine, de religion, de patrimoine, d'intérêts divers, similitudes, qui s'étendent, atténuées sans doute, aux membres des familles différentes composant la cité, puisque ces familles ont probablement une origine commune. Mais à ces similitudes familiales viennent s'en ajouter de nouvelles : similitudes de langue, de traditions, d'aspirations, d'institutions politiques et religieuses, de besoins nés de dangers communs. La solidarité par similitude, qui unit les membres de la cité a donc une double racine : elle repose à la fois sur la famille et le groupement des familles. Elle provoque par suite une puissante similitude des consciences et des volontés individuelles. Certainement, nulle part, dans aucune autre forme sociale, historiquement connue, la similitude des consciences et des volontés individuelles n'est aussi grande que dans la cité. Nulle part les individus qui composent une société n'ont compris et voulu autant les mêmes choses.

Aussi beaucoup d'auteurs, et des plus illustres, ont-ils cru que la cité antique absorbait totalement l'individu. Fustel de Coulanges écrit notamment : « Les anciens ne connaissaient ni la liberté de la vie privée, ni la liberté de l'éducation, ni la liberté religieuse... La funeste maxime que le salut de l'Etat est la loi suprême a été formulée par l'antiquité. On pensait que

le droit, la justice, la morale, tout devait céder devant l'intérêt de la patrie. C'est donc une erreur singulière d'avoir cru que dans les cités anciennes l'homme jouissait de la liberté. Il n'en avait pas même l'idée[1]. » Cela est vrai, si l'on ne regarde que la surface des choses. Sans doute, dans la Rome primitive et les cités grecques, l'homme paraît n'être maître ni de sa personne, ni de ses croyances, ni de ses pensées, ni de ses biens, ni de ses enfants. Et cependant jamais le mot de liberté n'a retenti plus fréquemment que dans l'histoire des cités antiques ; jamais la volonté libre ne s'est aussi souvent affirmée ; plus que tout autre, la philosophie grecque est fondée sur l'autonomie de la conscience individuelle. Et, en effet, si l'on va au fond des choses, on s'aperçoit que l'homme ancien a une forte conscience de son individualité, qu'il a une notion très claire de la liberté, que pour lui, contrairement à ce que dit Fustel de Coulanges, la liberté ne se réduit pas à l'exercice des droits politiques, mais est bien véritablement l'indépendance des volontés individuelles. Seulement dans ces sociétés, fondées avant tout sur les similitudes des hommes, toutes les consciences apparaissent équivalentes ; elles n'en sont pas moins autonomes. Être libre, c'est-à-dire être homme, dans la conception antique, c'est vouloir individuellement ce que veulent tous les membres de la cité. La prétendue volonté de la cité n'absorbe point les volontés individuelles : ces volontés individuelles restent maîtresses d'elles-mêmes ; mais elles ont le même contenu. La cité n'est pas plus que la famille patriarcale une sorte d'*organisme-personne*, annihilant l'individu. L'individu reste toujours lui-même ; nous ne voyons que des rapports d'homme à homme, et non pas des rapports de l'individu avec une

1. Fustel de Coulanges, *Cité antique*, liv. III, p. 267 (nouvelle edit.).

collectivité qui l'absorbe ; mais les individus sont unis par de puissantes similitudes. Hermann a bien montré cette permanence de l'individualité dans la cité antique, combinée avec la similitude des consciences et des volontés : « Vis-à-vis de l'Etat, la liberté de l'homme grec consiste proprement et simplement en ce qu'il a conscience de ne dépendre d'aucun pouvoir, lorsque chacun de ses concitoyens est égal à lui par la puissance de la loi[1]. » L'homme se considère comme libre, si l'action de l'Etat à son égard n'est que l'application d'une règle générale formulée pour tous, dans l'intérêt de chacun et sans considération de personne. Tous les individus veulent librement l'application d'une règle commune ; mais ce sont des volontés individuelles qui s'affirment, et non une prétendue volonté collective qui s'impose.

Ce n'est pas à dire que la solidarité par division du travail n'apparaisse pas dans les cités anciennes. Elle y occupe une place restreinte ; mais elle agit assurément, et l'homme en a la notion. Toutefois elle reste certainement très imparfaite, même dans les cités qui arrivent cependant à une très haut degré de civilisation. La cause principale du rôle secondaire de la solidarité organique dans l'antiquité fut assurément l'institution de l'esclavage. Née de la réciprocité des services rendus, la solidarité par division du travail est, sinon exclusivement, du moins avant tout, une solidarité économique. Son mécanisme tend principalement à assurer à chacun la jouissance des ressources utiles à son existence matérielle. Elle intéresse assurément

1. Hermann, *Lehrbuch der grieschischen Rechtsalterthümer*, édit. Thaleim, p. 28, 1884. — Nous reviendrons sur ce point (chap. VI, § 5) en montrant que c'est cette similitude des vouloirs individuels qui a amené la formation de la notion de loi positive, conçue comme règle générale

aussi le développement intellectuel et moral de l'individu ; mais la division du travail social apparaît d'abord comme un fait économique. Or, dans l'antiquité, le travail est à peu près exclusivement servile. L'esclavage est une des institutions les plus caractéristiques du monde antique et constitue la différence la plus marquée entre le régime économique des sociétés anciennes et celui des sociétés modernes. Sans doute la notion de l'esclavage a varié suivant les cités et suivant les époques. Peut-être, à certains moments et dans certaines sociétés, l'esclave a-t-il été considéré comme l'associé du maître, comme recevant certains services en retour de ceux qu'il rendait. A Rome notamment, dans la pure conception de la famille, l'esclave paraît avoir été considéré comme attaché aux membres de la famille par les liens d'une véritable solidarité. Plus tard, sous le haut empire, quelques lois protectrices de l'esclave sont faites. Néanmoins on est certainement dans la vérité générale en disant : les anciens ne voient point dans les relations de l'esclave et de l'homme libre les rapports nés d'un échange de services, mais seulement des rapports de subordination sans limite, analogues aux rapports de l'homme et de l'animal domestique. La conscience d'une coopération de l'esclave et de l'homme libre est toujours restée bien obscure ; elle n'a pas dépassé, si elle l'a jamais atteint, la notion que nous nous formons aujourd'hui des relations coopératives qui nous unissent aux animaux domestiques. Qu'il y ait là une sorte de solidarité par division du travail, nous ne le nions pas ; la *domestication* est une association[1] ; l'esclavage l'est aussi, c'est vrai. Mais l'antiquité le comprit-elle ? Nous ne le croyons pas. Aussi cette conception moderne du travail

1. V. Espinas, *Sociétés animales*, p. 174 et suiv., 2e édit., 1878.

économique fondé sur l'échange des services est-elle étrangère à l'antiquité ; et le rôle de la solidarité par division du travail se trouvait par cela même considérablement restreint.

Le sentiment de la différenciation et partant la notion de la solidarité par division du travail apparut seulement dans les cités conquérantes et commerçantes, Rome, Carthage, quelques cités grecques. La guerre surtout, en révélant des aptitudes diverses, et en mettant en relief les services rendus par quelques-uns à la collectivité, fut le facteur principal de la division du travail social. Elle sera, on le verra plus loin, la cause génératrice par excellence du pouvoir politique ; le phénomène est le même, le pouvoir politique n'étant que le résultat d'une différenciation entre les forts et les faibles. Ainsi, non seulement les luttes militaires viennent resserrer les liens de solidarité par similitudes en faisant apparaître les dangers communs, mais encore elles développent et mettent au jour les aptitudes spéciales et donnent naissance à la solidarité organique. Le commerce agit dans le même sens, mais moins activement. La guerre de conquête enfin groupe sous la puissance des chefs de la cité conquérante des sociétés diverses et prépare ainsi l'avènement des nations modernes.

En résumé, au point de vue de sa structure, la forme sociale cité a pour caractère propre une puissante solidarité par similitudes. Les hommes sont très semblables les uns aux autres, ce qui ne veut pas dire que leur individualité soit absorbée par la collectivité. La solidarité par division du travail apparaît encore bien réduite ; elle va devenir l'élément essentiel des sociétés modernes.

VI

La nation en soi est une agglomération de cités, comme la cité est une agglomération de familles ; et de même que le citoyen était à la fois plus *socialisé* et plus *individualisé* que le parent, parce qu'il était en même temps membre d'une famille et membre de la cité, de même le national d'un état moderne est plus *individualisé* et plus *socialisé;* plus *socialisé* puisqu'il est enfermé dans des liens sociaux plus complexes, la famille, la cité, la nation; plus *individualisé*, parce qu'il a conscience de cette croissante complexité et, que, par suite, la somme de ses pensées et de ses vouloirs se trouve augmentée. Mais cette conception de la nation moderne, considérée comme un cercle concentrique de la famille et de la cité, mais d'un plus large rayon, est, il faut bien le dire, plus *schématique* que réelle. Dans le fait, les nations modernes sont des formations sociales d'une infinie complexité et composées d'éléments extrêmement divers, dont on doit mettre en relief les principaux.

Elles sont sorties du monde antique par l'intermédiaire du régime féodal, qui, pendant plusieurs siècles, a dominé toute l'Europe et a eu sur nos idées[1] et nos institutions modernes une influence profonde, toujours persistante, souvent inaperçue. La période féodale, tout le monde le reconnaît aujourd'hui, n'est point, comme l'ont cru longtemps nos historiens, une époque de morcellement et de désintégration. Elle se caracté-

1. V. *infra*, chap. V, §§ 2 et 3.

rise au contraire par une forte intégration des éléments sociaux, fondée sur une hiérarchie des personnes et des terres et réalisée par une extrême division du travail social. Réduite à ses termes les plus simples, une société féodale est une société dont tous les membres sont unis les uns aux autres par une série de droits et de devoirs réciproques, étroitement définis, depuis le suzerain supérieur (le roi), qui est au sommet de l'échelle, jusqu'au serf qui est au dernier degré. De plus, la condition de chacun, c'est-à-dire ses devoirs et ses droits, sont déterminées par la qualité de la terre qu'il détient. Nulle part n'apparaît autant que dans la féodalité la réciprocité des services rendus. Le lien social, qui unit tous les membres du corps féodal, est un vaste échange de services : le suzerain doit aide et protection à son vassal, celui-ci lui doit le service militaire, le service de plaid, le service des aides, et ainsi de suite. C'est la solidarité par division du travail, avec tous ses caractères spécifiques; et l'homme féodal en a une conscience bien nette. Né sous l'empire de causes très diverses, le régime féodal reçut aussi l'empreinte ecclésiastique; l'influence augustinienne et la théorie de la *concordia*, propagée par la grande autorité d'Hincmar, contribuent à faire pénétrer dans les esprits la notion d'une société purement contractuelle, d'une société fondée sur une vaste série de contrats par lesquels se réalise la solidarité qui unit les individus[1]. Tous les rapports des hommes entre eux sont considérés comme des rapports contractuels; et au fond les idées modernes de contrat social, d'organisme contractuel ne sont qu'une survivance des idées féodales[2].

1. E. Bourgeois, *le Capitulaire de Kiersy-sur-Oise*, p. 254. 1885.
2. V. *supra*, chap. I, § 4.

Assurément, en fait, le régime féodal n'eut pas la simplicité théorique à laquelle nous l'avons réduit et ne fut pas toujours, ne fut peut-être jamais, ce régime idéal de concorde et de coopération que rêvait l'archevêque Hincmar. Mais à tout prendre, malgré les violences, malgré le triomphe incessant de la force brutale, cette conception d'une société intégrée, reposant avant tout sur la réciprocité des services, assurée par des contrats, resta prépondérante dans les esprits, et, un moment, au XIII[e] siècle, arriva presque à sa complète réalisation.

D'autre part, les groupements fondés sur la solidarité par simulitudes persistent pendant la période féodale ; ils deviennent même plus nombreux et plus cohérents : associations religieuses, églises et monastères, associations professionnelles, communes affranchies par la force ou la concession royale. Parfois ces groupements d'individus, unis par des intérêts similaires, entrent dans les cadres du régime féodal ; parfois ils subsistent à côté de la hiérarchie féodale ; et l'homme, suivant une loi constante, s'*individualise* et se *socialise* en même temps, puisque les liens qui l'unissent aux autres sont plus nombreux et qu'il en a une conscience plus nette.

Les éléments du monde féodal, amalgamés et organisés sous l'empire de causes diverses, que nous n'avons pas à rechercher, donnent naissance, ou plus tôt ou plus tard suivant les pays, à la nation moderne, fondée sur l'idée de patrie. Qu'est-ce qu'une nation?

Renan a écrit : « Une nation est une grande solidarité, constituée par le sentiment des sacrifices qu'on a faits et de ceux qu'on est disposé à faire encore[1]. La proposition est exacte, mais incomplète. L'éminent

1. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation?* Conférence de 1880, dans *Discours et conférences*, p. 307.

penseur n'a mis là en relief que l'un des éléments de l'unité nationale : la similitude des intérêts, des besoins et des aspirations. Mais la nation moderne, plus encore peut-être que tout autre forme sociale, est aussi fondée sur la diversité des tendances et des aptitudes individuelles, et sur la conscience de la division du travail. Double solidarité qui unit étroitement les membres d'une même nation, mais laisse cependant subsister leur individualité et la rend même plus forte et plus compréhensive. En quoi consiste exactement la solidarité par similitudes qui unit d'abord les membres d'une même nation ? On a dit souvent que l'élément primordial de la nation était la soumission d'un certain nombre d'hommes à une même autorité politique, qu'en un mot le facteur essentiel de l'unité nationale était la communauté de subordination politique. Assurément la réunion d'un certain nombre d'hommes ou de groupes sous un même chef peut être un élément de solidarité nationale ; mais il n'est que secondaire. Il y a des exemples de formation nationale, unissant des hommes qui n'étaient pas soumis à la même puissance politique, et l'unité nationale a souvent persisté, bien que la communauté politique ait été brisée. N'y avait-il pas, par exemple, une nation italienne avant que l'Italie tout entière fût réunie sous le sceptre de la maison de Savoie ? La nation polonaise a-t-elle disparu au jour du dernier partage de la Pologne ? L'Irlande et la Lorraine sont-elles devenues partie intégrante de l'Angleterre, de l'Allemagne, par le fait seul de la conquête. Et si, en faisant une hypothèse pour les besoins du raisonnement, on imaginait un partage de la France, oserait-on dire que de ce fait il n'y aurait plus de nation française ? Mais la subordination à une autorité politique commune peut, il est vrai, hâter la formation de l'unité nationale et contribuer à faire naître la conscience de

la simulitude des besoins. La monarchie française, en réunissant sous son autorité les anciennes provinces, la révolution et l'empire en leur donnant un droit et une administration unifiés, ont puissamment renforcé le sentiment national. Mais, à tout prendre, il n'y a là qu'un facteur secondaire.

Il en est de même de la communauté de race et de langue. Tous les hommes, a-t-on dit, parlant la même langue, appartiennent à la même race, et doivent former une même nation. Affirmation souvent invoquée au XIXe siècle, sous le nom de principe des nationalités, pour justifier telle ou telle politique de conquête, d'annexion ou d'indépendance, mais qui n'a rien de scientifique. En fait, cette prétendue communauté de race n'est jamais établie, et nous voyons des nations fortement intégrées, qui n'ont assurément ni la même origine ethnique, ni la même langue. Peut-on dire qu'il y ait une race française, et notre nation n'est-elle pas un amalgame des races les plus diverses? Dira-t-on qu'il n'y a pas de nationalité américaine, parce qu'il n'y a pas de race américaine, et que les Etats-Unis sont peuplés de représentants de toutes les nations européennes et même des hordes africaines? La petite nation suisse n'est-elle pas un type national complet, bien que trois langues au moins se partagent ses cantons? La communauté de race et de langue peut contribuer à l'établissement national; leur diversité peut le retarder; elle ne l'empêche pas nécessairement; et seule la communauté de race et de langue serait impuissante à le créer. Même observation pour la religion, qui a été, dans la cité antique, un facteur de premier ordre, mais qui, de nos jours, avec l'affaiblissement du sentiment religieux, est, nous le croyons, un élément tout à fait secondaire. Toutefois certains événements récents tendraient à prouver que les luttes reli-

gieuses et que les divisions qu'elles entraînent ne sont pas choses inconnues aux sociétés modernes.

Enfin la politique d'annexion et de conquête a souvent invoqué, pour justifier ses prétentions, le principe des limites naturelles. La configuration du territoire a certainement facilité des formations nationales; mais bien souvent aussi le groupement national ne coïncide point avec les limites géographiques. Les populations de la Belgique et de la rive gauche allemande du Rhin ne peuvent être considérées à aucun titre comme se rattachant par un lien quelconque à la nation française; et, le canton suisse du Tessin est partie intégrante de la nation helvétique, quoiqu'il en soit séparé par le massif du Saint-Gothard.

Communauté d'autorité politique, de race, de langue, de religion, limites naturelles, ce ne sont donc là que des éléments secondaires. L'élément essentiel de l'unité nationale, il faut le chercher, comme pour toutes les formations sociales, dans la communauté de traditions, de besoins et d'aspirations. Et d'abord la communauté de traditions. L'humanité, a-t-on dit, est faite de plus de morts que de vivants. La nation, elle aussi, est faite de plus de morts que de vivants. Le souvenir des luttes entreprises, des triomphes remportés, et surtout des défaites subies en commun ont contribué puissamment à créer et à préciser la conscience de la solidarité nationale par similitudes. Renan insiste particulièrement sur cette idée que la somme des souffrances communes a été le facteur principal de l'unité nationale[1]. Il a raison. De même que le désir d'atténuer la souffrance individuelle est le ressort par excellence de l'activité humaine; de même, la communauté de souffrances est l'élément primordial de la solidarité sociale. Et pour

1. Renan, *loc. cit.*, à la note précédente.

ne citer qu'un fait : la guerre de Cent Ans et les souvenirs ineffaçables qu'elle a laissés dans les consciences françaises ont été assurément une des causes les plus actives du sentiment national. La communauté des traditions a joué dans tous les pays un rôle capital ; et en ce sens, on a dit, très justement, que la nation était une formation historique.

La communauté des aspirations et des besoins présents maintient et accroît même la cohésion nationale. Dans la nation moderne comme dans la cité antique, le sentiment que les causes des souffrances physiques et morales sont les mêmes pour les hommes et qu'on ne peut les écarter que par l'effort commun, le sentiment d'aspirations communes, corollaire de la communauté de traditions et de besoins, sont aussi au premier chef des éléments d'union. En un mot, la conscience de la solidarité par similitudes est encore un facteur essentiel de l'intégration nationale. En ce sens et en ce sens seulement, on peut parler d'une âme nationale, d'une conscience nationale, expressions dont on a singulièrement abusé. Une âme, une conscience nationales ? Oui. Mais cela veut dire seulement qu'à un moment donné il y a chez tous les individus d'une même nation, à des degrés divers, plus ou moins nets, des sentiments identiques, la notion de traditions, d'aspirations et de besoins communs, et la pensée que ces traditions ne seront respectées, que ces aspirations et ces besoins ne seront satisfaits que par le maintien du lien national. Mais ce sont là des idées individuelles. Le fait qu'elles se retrouvent les mêmes chez tous les membres d'une même nation ne crée pas un être collectif, conscient de lui-même et distinct des individus. La prétendue conscience nationale n'est que la somme des consciences individuelles. Plus les citoyens pensent et veulent les mêmes choses, plus ils ont une conscience claire des

similitudes qui les unissent, plus la nation est unifiée, plus en même temps la conscience individuelle s'affirme. La prétendue conscience nationale n'est donc point la fusion des consciences individuelles en une conscience collective distincte d'elles ; elle est au contraire le produit des consciences individuelles, ou mieux, l'expression de conscience nationale n'est qu'une métaphore commode pour exprimer ce fait qu'un des facteurs de l'unité nationale est le sentiment purement individuel qu'a chaque citoyen qu'il est uni aux autres par une communauté de traditions, de besoins et d'aspirations. Plus ce sentiment individuel est compréhensif et fort, plus évidemment l'individu est individualisé, et plus en même temps le lien national est puissant. Ici encore apparaît la vérité de notre proposition : la *socialisation* s'accroît en raison directe de l'*individualisation*.

Mais cette communauté générale de traditions, d'aspirations et de besoins n'existe pas seule. La formation nationale n'exclut pas le maintien des formes sociales antérieures, la famille et la cité, pas plus que la cité n'excluait la famille ; et le membre de la nation, socialisé par la conscience nationale, peut être aussi encadré dans une famille et une cité. Cette hiérarchie des liens sociaux ne diminue pas l'individualité de l'homme ; elle la grandit au contraire, puisqu'elle accroît le domaine de la conscience individuelle, et elle renforce par là même la cohésion sociale. Mais, nous l'accordons, c'est là l'idéal plutôt que la réalité. Dans la plupart des nations modernes, en France particulièrement, le groupement familial et le groupement civil (en cité) se désagrègent ; l'homme perd de plus en plus la notion de la solidarité spéciale, qui pourrait l'unir aux membres de la même famille et de la même ville. La famille est de nos jours un groupe de moins

en moins cohérent. Beaucoup de bons esprits le regrettent ; ils ont peut-être raison. On attribue souvent cette désagrégation de la famille moderne aux dispositions de la loi civile, et particulièrement à celles qui ordonnent le partage égal des successions et établissent la réserve héréditaire[1]. Mais ces règles civiles sont bien bien plutôt un effet qu'une cause. Critiques et regrets nous paraissent vains. La famille, unité cohérente, disparaît, et les réformes législatives ne changeront rien à ce fait. De même, en France du moins, les groupements municipaux, quoi qu'on fasse, deviendront de plus en plus de simples divisions administratives. Qu'on en accuse la politique niveleuse de la royauté absolue, de la révolution et de l'empire et l'imperfection de nos lois administratives, le fait est là : la commune moderne est certainement impuissante à fonder des groupements cohérents et forts au sein de la nation. Mais en même temps que la famille et la cité disparaissent, se forment d'autres groupements, déjà indiqués et appelés groupements professionnels[2], encadrant les hommes dans une nouvelle hiérarchie sociale et assurant le développement concommitant de leur individualité et de leur sociabilité.

Ces groupements corporatifs sont, on l'a dit plus haut[3], un effet en retour de la solidarité par division du travail, qui s'accroît chaque jour dans les sociétés civilisées, parce qu'elle est la civilisation elle-même. L'homme moderne, membre de la nation, se trouve ainsi uni aux autres membres de la même nation par des liens infiniment complexes : similitudes générales des traditions, des aspirations et des besoins, similitudes

1. Le Play, *Réforme sociale*, t. II, p. 3 et suiv., 6e édit., 1878. — Cf. Hauriou, *Droit administratif*, p. 102 et suiv., 4e édit., 1900.
2. V. *supra*, chap. I, § 4.
3. V. *supra*, chap. I, § 4.

spéciales des aptitudes et des intérêts, échanges réciproques des services fondés sur la différence des besoins et des aptitudes. Cette multiplicité et cette complexité des liens sociaux iront sans aucun doute en s'accroissant, et par là même l'homme deviendra plus homme en devenant plus social. Solidarité par similitudes, solidarité par division du travail, elles subsistent l'une et l'autre dans la nation moderne; elles se pénètrent et se complètent réciproquement. L'homme moderne en a conscience nettement; il a conscience à la fois de son individualité qui s'accroît et des liens sociaux qui se compliquent et se resserrent; il veut en même temps cette *individualisation* et cette *socialisation;* il veut développer librement son activité individuelle, et par là il veut accroître la vitalité sociale, et en accroissant la vitalité sociale il élargit aussi sa libre activité. Ainsi tout vouloir de l'homme, provoqué par la conception de la double solidarité sociale, est en même temps, dans ses effets, un vouloir individuel et un vouloir social.

La forme sociale nation est-elle la forme définitive et dernière des groupements humains? L'idée de patrie est-elle le *summum* de l'évolution psycho-sociale de l'homme? Nous ne pouvons le penser. L'acquisition de l'idée de patrie, la formation de la nation ont réalisé, ce n'est pas douteux, un immense progrès. La somme des souffrances individuelles, nous voulons le croire, est dans nos nations modernes moindre que dans toute autre forme sociale. Jamais la conception de la solidarité sociale n'a pénétré les esprits aussi profondément que de nos jours. Mais l'idée de patrie a fait couler trop de larmes et de sang pour que nous puissions y voir le dernier stade de l'évolution sociale; et nous aimons à nous représenter la solidarité humaine comme une série de cercles concentriques s'élargissant sans cesse : les familles ont formé la cité, les cités ont formé

la nation, et à chaque extension de la forme sociale la solidarité s'est accrue, la souffrance individuelle a diminué. La marche en avant ne s'arrêtera pas là, et tôt ou tard, espérons-le, les nations formeront une société plus compréhensive et plus solidaire, plus compréhensive parce qu'elle englobera plus de membres, plus solidaire parce qu'aux liens nationaux viendront s'ajouter d'autres éléments d'union et de coopération, société enfin où il y aura encore moins de souffrance et plus de justice que dans nos sociétés actuelles. On reconnaît cependant que le spectacle des choses qui nous entourent n'encourage pas cette espérance : les armements formidables, les guerres injustes et barbares, la violation des lois les plus élémentaires de la justice, les haines religieuses et nationales prêchées à tous les carrefours, les frontières fermées et hérissées de défenses, tout cela ne montre-t-il pas que l'avènement d'une véritable société internationale est une espérance chimérique ? Chimère si l'on veut, gardons notre chimère, et ayons foi, comme Renan, « au triomphe définitif du progrès religieux et moral, nonobstant les victoires répétées de la sottise et du mal[1] ».

1. Renan, *le Prêtre de Némi*, Préface, *Drames philosophiques*, p. 253, 1888.

CHAPITRE II

LA RÈGLE DE DROIT

I. La conscience de la solidarité sociale implique la conscience d'une règle de conduite. — II. Caractères généraux de cette règle de conduite. — III. Cette règle de conduite est la règle de droit ou le droit objectif. — IV. Doctrine de Ihering et de Jellinek. Réfutation. — V. Doctrine de Gierke et de Preuss.

De l'analyse qui précède nous pouvons conclure ceci : Dans toutes les formes de groupements humains il y a une seule réalité, la personne humaine, c'est-à-dire la conscience et la volonté de l'individu, et cette individualité nous apparaît d'autant plus vivante, d'autant plus agissante que le groupement social est plus cohérent, plus complexe et plus compréhensif. Les hommes vivent en société et veulent vivre en société : 1° parce qu'ils ont la conscience de besoins communs auxquels ils ne peuvent donner satisfaction que par la vie commune (solidarité par similitudes) ; 2° parce qu'ils ont conscience qu'ils ont des aptitudes et des besoins différents, et qu'ils ne peuvent assurer la satisfaction de ces besoins divers que par un échange de services dus à la diversité des aptitudes spéciales (solidarité par division du travail). L'homme a conscience de son individualité et de la double solidarité qui l'unit aux autres ; l'homme est un être individuel et social à la fois ; cette individualité et cette sociabilité ne s'opposent pas ; elles se combinent en une étroite et indi-

visible connexité; elles sont en quelque sorte fonctions l'une de l'autre : l'individualité s'accroît proportionnellement à la sociabilité et réciproquement. L'opposition de l'individuel et du collectif, si souvent invoquée, n'est pas conforme à la réalité des choses. La vérité, c'est la fusion en un tout unique de l'individuel et du collectif, et ce tout est l'homme même.

De la constatation de ce fait, peut-on tirer la notion d'une règle de conduite? Qu'elle est cette règle de conduite? L'homme en a-t-il conscience? A-t-elle une sanction? Et laquelle? Tels sont les problèmes qui s'imposent à toutes les sciences sociales et qu'elles doivent résoudre. Si elles sont impuissantes à le faire, elles sont vaines. Si elles peuvent au contraire les résoudre, tous les autres problèmes sont résolus par là même. Problèmes économiques, problèmes juridiques, tous se ramènent à la question de la règle de conduite, qui s'impose à l'homme; tous sont des problèmes de morale[1], si l'on entend par morale une règle de conduite vraiment humaine, sans fondement métaphysique et à priori. Cette loi des volontés et de l'action humaines, nous l'appelons règle de conduite parce qu'elle s'applique à des actes conscients. Elle ne peut être, comme les lois du monde physique, une loi de causalité; elle ne peut être qu'une loi de finalité[2]. Nous ne la saisissons pas par la reproduction régulière des effets et des causes, mais par la conscience qu'en a l'homme qui agit. Elle ne nous apparaît pas comme un rapport, mais comme un impératif. Ce caractère impératif n'implique pas que l'homme soit libre au sens de la philosophie spiritualiste; il suppose

1. Ziegler, *la Question sociale est une question morale*, 1898.

2. V. Introduction, § 3. — Sur le caractère de la *norme* sociale et sa différence avec les lois de causalité, cf. Wundt, *Ethik*, p. 2 et suiv., et p. 462 et suiv.; — Jellinek, *Die social-ethisiche Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, p. 19 et suiv.; et *Allgemeine Staatslehre*, p. 17 et suiv., p. 123, 1900. — Ihering, *Der Zweck im Recht*, t. I, p. 2 et suiv.

seulement (ce qui est incontestable) que l'homme choisit consciemment les motifs qui déterminent ses actes ou qui lui paraissent les déterminer. D'avoir méconnu cela et d'avoir voulu transporter dans le monde social le mécanisme du monde physique, les premiers systèmes sociologiques sont morts. Il ne suffit pas, comme le prétendaient leurs auteurs, de fonder une science de la morale, en déterminant l'évolution des conceptions morales de l'humanité : c'est écarter le problème ; il le faut résoudre, c'est-à-dire déterminer, pour une époque donnée, la règle de conduite qui s'impose à l'activité consciente de l'homme. Aussi bien la jeune école de philosophie et de sociologie française fait-elle dans ce but un remarquable effort. Nous n'avons pas l'intention d'étudier le problème sous toutes ses faces, mais seulement de montrer que la notion de solidarité sociale implique la conception d'une règle de conduite, suffisante pour déterminer les pouvoirs et des devoirs de l'homme social en général et de l'homme investi de l'autorité politique en particulier[1].

I

La loi dont nous cherchons la formule ne peut être, avons nous dit, une loi de causalité, mais est une loi de finalité, parce qu'elle est la loi des actions conscientes de l'homme, et que celui-ci n'agit qu'en vue d'un but

1. Voir notamment, Durkheim, *Division du travail social*, 1893. Quoique sociologue de profession, l'auteur a bien compris l'importance capitale du problème moral.—Cf. Rauh, *Essai sur le fondement métaphysique de la morale*, spécialement p. 194, 1890 ; — Fouillée, *Critique des systèmes de morale*, spécialement la Préface et la Conclusion, 1893 ; — Guyau, *Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction*, spécialement p. 75 et suiv. ; — Blondel, *l'Action*, 1893. — Ces auteurs ont, à notre avis, le tort de faire une trop large place aux spéculations métaphysiques.

qu'il choisit plus ou moins consciemment, sinon librement. Ce but n'est dans notre pensée que le but immédiat qui détermine l'action. Ce n'est pas une finalité transcendante et générale, mais une finalité immanente et spéciale. Il ne s'agit pas de fonder un système téléologique quelconque, mais de déterminer directement la valeur de tout acte de l'homme. Or cet acte ne peut valoir que par le but qui le détermine ; car en soi l'acte n'est rien. L'acte n'est qu'une émanation de la volonté individuelle, qui se traduit à l'extérieur. L'acte ne peut donc s'apprécier que par la valeur de la volonté dont il émane, et cette volonté n'agit que déterminée par un but. C'est donc en fin de compte à la valeur de ce but que tout se ramène. Et ce but lui-même n'existe qu'en tant qu'il est pensé par l'auteur de l'acte. De telle sorte que le problème devient celui-ci : Quand le but, qui dans la pensée de l'auteur d'un acte a déterminé cet acte, est-il de nature à donner une certaine valeur à l'acte ? Mais, si l'on suppose la question résolue, si l'on suppose qu'effectivement le but, qui a déterminé un certain acte conscient, lui ait donné une valeur, il reste précisément à savoir qu'elle est cette valeur. Expliquons-nous.

Imaginons, par hypothèse, une société à l'état de repos absolu. Tant que personne n'agit, le problème de la règle de conduite ne se pose pas, car la règle de conduite implique des volontés entrant en relations, et si aucune volonté ne se manifeste à l'extérieur, il n'y a pas lieu d'appliquer une règle de conduite. On peut la concevoir théoriquement ; pratiquement elle n'a pas d'existence. La règle de conduite, s'il y en a une, n'apparaît que, lorsqu'une volonté se traduisant à l'extérieur par un acte, il faut apprécier le valeur de cet acte. Or la valeur de l'acte ne pourra consister qu'en ceci : obligation pour tous de ne rien faire qui

s'oppose à la réalisation de cette volonté individuelle et obligation pour toute personne de faire ce qu'elle peut pour assurer la réalisation de cette volonté individuelle. La valeur d'un acte ne peut consister précisément qu'en ceci : s'imposer au respect de tout membre du corps social. Nous disons alors que l'acte a une valeur sociale. Mais quand un acte de volonté individuelle aura-t-il cette valeur sociale ? La réponse apparaît. Un acte de volonté individuelle aura une valeur sociale quand il sera déterminé par un but correspondant à la solidarité sociale, solidarité par similitudes ou solidarité par division du travail. Un acte de volonté individuelle, déterminé par un tel but, s'impose à tous. Cela est en effet une conséquence nécessaire et logique de la solidarité. L'homme n'est homme que par la solidarité, qui l'unit à ses semblables; l'homme ne peut vivre que par cette solidarité; l'homme ne peut arriver à diminuer la somme des souffrances qui l'oppressent que par cette solidarité. Par suite, tout acte de volonté individuelle, qui tend à réaliser cette solidarité, doit forcément s'imposer au respect de tout homme. Si donc nous réduisons les choses à leur plus simple expression, nous pouvons dire : Qu'on suppose une société à l'état de repos absolu, à vrai dire, aucune règle de conduite n'apparaît; la notion d'une règle de conduite ne se forme que du moment où une volonté se manifestant à l'extérieur se pose la question de savoir si cette volonté peut s'imposer aux autres; et cette volonté s'imposera si elle est déterminée par un but, adéquat à la solidarité sociale. D'où cette première règle de conduite s'imposant à tout homme : respecter tout acte de volonté individuelle, déterminé par un but de solidarité sociale, ne rien faire pour en empêcher la réalisation, coopérer dans la mesure du possible à sa réalisation.

Cette notion d'une première règle de conduite a dû apparaître de très bonne heure dans l'esprit humain; ou plutôt elle a toujours existé. L'homme s'est toujours saisi, plus ou moins obscurément, en même temps comme individu et comme être social. L'homme en fait a toujours vécu avec d'autres hommes, et il a toujours eu ainsi la conscience de la solidarité. Cette conscience a dû être longtemps bien obscure, mais elle a toujours existé. Du moment où l'homme a eu cette notion, il a eu par là même le sentiment que cette solidarité s'imposait à lui; du moment où il a compris qu'il ne pouvait vivre et diminuer sa souffrance que par la vie commune, il a compris que tout acte, émané d'un autre et répondant à cette solidarité, destiné à maintenir ou à accroître cette solidarité, s'imposait à lui; et la conscience de cette règle de conduite se confondait par suite avec la conscience de la solidarité sociale. Aussi il n'y a certainement pas de sociétés d'hommes, quelque primitives qu'elles soient, où on n'ait la conscience, plus ou moins claire, que les hommes sont soumis à certaines règles de conduite. Ces règles de conduite peuvent être très restreintes; elles peuvent nous étonner par les prescriptions bizarres qu'elles édictent; les hommes peuvent n'en avoir qu'une conscience très obscure; ces règles peuvent être constamment violées par la force triomphante; peu importe, on ne trouvera pas un groupement humain qui n'ait cette notion d'une règle de conduite, s'imposant à l'homme, précisément parce que l'homme vit avec d'autres hommes. Toutes les études ethnographiques, sociologiques le démontrent. Seulement la notion de cette première règle de conduite, se confondant avec le sentiment de la solidarité sociale, suivra naturellement la même évolution que cette solidarité et subira des transformations correspondantes.

Notamment dans les formes sociales où la solidarité par division du travail sera prépondérante, cette règle imposera le respect de tout acte de volonté tendant au libre développement de l'activité individuelle; en effet, l'activité individuelle étant le facteur essentiel de la solidarité par division du travail, tout acte tendant à l'extension de l'activité individuelle sera déterminé par un but de solidarité, s'il ne restreint pas en même temps l'activité propre des autres individus; et cet acte s'imposera au respect de tous. Il paraît être un acte purement individuel; il ne l'est pas au fond, puisqu'il est déterminé par un but de solidarité; et à ce titre il s'impose à tous[1]. Peu importe les variations, il reste toujours ceci : en ayant conscience d'une solidarité qui l'unit aux autres hommes, sans laquelle il ne peut vivre, l'homme a forcément la notion d'une règle qui lui impose de respecter tout acte de volonté individuelle, déterminé par un but de solidarité sociale, quelle que soit d'ailleurs la forme que revêt, dans telle ou telle société, cette solidarité.

Telle a été dans l'histoire de l'esprit humain la première notion d'une règle de conduite. Cette notion comprenait en elle tous les développements postérieurs, qu'elle allait recevoir avec les progrès naturels de la conscience individuelle. Si tout acte d'une volonté individuelle, déterminé par un but de solidarité sociale, s'impose au respect de tous les autres individus, il est évident que tout acte de volonté individuelle qui ne remplit pas cette condition ne s'impose pas au respect des autres individus. Si tout individu a socialement le pouvoir de faire un acte inspiré par un but de solidarité sociale, aucun individu n'a le pouvoir de faire un acte inspiré par un but autre qu'un but de solidarité

1. V. *infra*, chap. II, § 2.

sociale. Si tout individu a le devoir de respecter un acte adéquat à la solidarité sociale, aucun individu n'a le devoir de respecter un acte qui ne correspond pas à cette solidarité. On conçoit même, naturellement, par un développement normal de la notion primaire, que tout individu aura le pouvoir d'écarter ou de réparer l'atteinte portée par cet acte aux éléments de la solidarité sociale, et, par conséquent, on aura le sentiment que tout individu a le devoir de ne faire aucun acte déterminé par un but contraire à la réalisation de la solidarité sociale. La notion d'une seconde règle de conduite est donc sortie logiquemeut de la première : Tout individu doit s'abstenir de tout acte qui serait déterminé par un but contraire à la solidarité sociale. La règle est la même au fond que la précédente. Comme elle, elle est contenue dans la conscience de la solidarité sociale et présentera exactement les aspects divers de cette solidarité suivant les temps et les lieux. L'étendue de cette règle prohibitive variera suivant l'étendue et la complexité de la solidarité qui unit les membres de telle ou telle société. Mais elle restera en son fond toujours identique à elle-même ; elle est née avec la conscience de la solidarité sociale, c'est-à-dire du jour où il y a eu des hommes ; elle subsistera tant qu'il y aura des hommes, infiniment changeante dans son application, mais immuable dans son principe générateur.

Ainsi nous apercevons déjà que la conscience de la solidarité sociale implique la notion d'une double règle de conduite : obligation pour tout individu de respecter tout acte de volonté individuelle, déterminé par un but de solidarité sociale, obligation pour tout individu de ne faire aucun acte de volonté déterminé par un but non conforme à la solidarité sociale. Et nous pouvons affirmer qu'à tous les degrés de la

civilisation l'homme a eu la notion de cette double règle. Il en a conçu et réalisé les applications sous les formes les plus diverses. Même dans des sociétés parvenues à un degré sensiblement identique de civilisation, ces applications peuvent différer profondément. Mais la notion en soi de cette double règle reste toujours la même : elle n'est pas autre chose que la notion de la solidarité sociale sous ses deux formes.

L'homme est-il allé plus loin? A-t-il acquis le sentiment d'une troisième règle de conduite? Jusqu'à présent nous avons supposé un acte de volonté accompli, et nous avons dit: l'homme a dans un cas le devoir de le respecter et, dans un autre cas, le pouvoir de le réprimer; par suite l'homme a le devoir de ne pas faire l'acte que les autres ont le pouvoir de réprimer. L'homme possède assurément le pouvoir de faire l'acte qui s'impose aux autres, c'est-à-dire l'acte déterminé par un but adéquat à la solidarité sociale. Mais a-t-il seulement le pouvoir de le faire? Ou a-t-il en outre le devoir de le faire? L'homme est-il arrivé à cette notion d'une règle de conduite élargie, à la notion du devoir s'imposant à tout individu, non seulement de respecter les actes de solidarité fait par les autres, mais encore de faire lui-même tous les actes qu'il a la possibilité de faire et qui sont de nature à accroître la solidarité sociale sous ses deux formes? Assurément l'homme n'est pas arrivé de prime abord à cette notion étendue du devoir social. Elle est cependant la conséquence normale de la notion primaire précédemment indiquée; et en fait cette obligation est le complément nécessaire du devoir social. Si l'homme est obligé de respecter tout acte fait dans un but de solidarité, s'il est obligé de ne faire aucun acte qui ne soit déterminé par un but de solidarité, c'est évidemment parce qu'il est obligé d'agir conformément à la solidarité sociale. Cette double obli-

gation n'est donc au fond que l'application d'une règle plus large : coopérer à la réalisation de la solidarité sociale. Le développement de la conscience humaine devait logiquement conduire à cette conception. Le contenu de la pensée individuelle s'est développé en passant du simple au composé ; ou, en d'autres termes, le contenu de la pensée individuelle s'est accru au cours des siècles d'apports successifs, venant compléter et élargir les conceptions primaires. On a vu le sentiment de la solidarité sociale se préciser, s'élargir, se compliquer. De même la notion de la règle de conduite, qu'impose cette solidarité, s'élargit, se précise et se complique. Du jour où l'homme est arrivé à la conviction profonde qu'il était à la fois *individuel* et *social*, qu'il ne pouvait pas vivre sans les autres et que les autres ne pouvaient pas vivre sans lui, il a perçu l'obligation qui s'imposait à lui de coopérer à la solidarité sociale ; il a compris qu'il ne suffisait pas de respecter les actes, déterminés par des buts de solidarité, de ne pas faire des actes non déterminés par des buts de solidarité, mais qu'une obligation positive s'imposait à lui de faire spontanément tous les actes, qui étaient matériellement en son pouvoir et qui auraient pour effet d'accroître la solidarité sociale. La règle de conduite lui est apparue alors dans sa généralité et sa simplicité : coopérer à la réalisation de la solidarité sociale sous ses deux formes.

Cette extension de la règle de conduite, conçue par l'homme, est incontestable, et pour la démontrer on a principalement mis en relief l'accroissement progressif du nombre des règles juridiques[1]. On a eu raison. Si le nombre des prescriptions de droit a augmenté avec la civilisation, si de nos jours notamment la masse des

1. Notamment Durkheim, *Division du travail social*, p. 427, 1893.

prescriptions légales grossit dans des proportions considérables, c'est précisément que l'homme moderne a une conscience plus nette du devoir de coopération qui s'impose à lui. Les représentants attardés de l'école d'économie politique orthodoxe voient là une tendance regrettable, que tous les efforts des hommes dirigeants doivent essayer d'arrêter. Nous y voyons au contraire un phénomène normal et inévitable, conséquence forcée de la notion chaque jour plus claire des obligations rigoureuses, qui s'imposent à tous les membres d'une société. Mais n'insistons pas sur ce point. Nous y reviendrons, en montrant que cette règle de conduite, qui impose à l'homme l'obligation de coopérer à la réalisation de la solidarité sociale sous ses deux formes, est précisément la règle de droit elle-même, et en étudiant les pouvoirs et les devoirs de l'Etat[1]. Ajoutons seulement que même aujourd'hui l'évolution n'est pas encore achevée, que les controverses sans fin, qui s'élèvent sur le caractère juridique de telle ou telle règle et surtout sur le rôle de l'Etat, sont la marque d'une transformation en voie de s'accomplir; mais chaque jour aussi, la conscience de la solidarité sociale devenant plus nette, s'accroît en même temps le nombre des obligations juridiques qui paraissent devoir s'imposer à l'Etat et à l'individu.

En résumé, la notion d'une règle de conduite est essentiellement connexe et dépendante de la solidarité sociale; l'une ne va pas sans l'autre. Il n'y a là en réalité qu'une seule et même chose. La notion de la solidarité sociale et la notion de la règle de conduite ont suivi une évolution concommittante. Plus les liens de solidarité, qui unissent l'homme à ses semblables, lui sont apparus étroits et complexes, plus la notion du

1. V. *infra*, chap. II, § 3, et chap. IV, §§ 3-6.

devoir social lui est apparue rigoureuse et étendue. L'homme est solidaire des autres hommes, il veut la solidarité, parce qu'il ne peut pas ne pas être solidaire ; et par cela même il doit vouloir la solidarité. Cette règle de conduite a-t-elle une réalité objective? Nous n'avons pas à le rechercher. C'est proprement une question de métaphysique. Dans tous les cas, cette règle de conduite n'intéresse la science sociale qu'en tant qu'elle se traduit dans la conscience humaine. Elle est un fait social, et, comme tous les faits sociaux, elle n'existe pour nous que par la conscience qu'en a l'individu ; nous ne pouvons la saisir que par là.

Finalement, de ce fait que l'homme est un individu solidaire d'autres individus, naît pour lui une règle de conduite, qui se résume en cette formule générale : Ne rien faire qui diminue la solidarité sociale par similitude et la solidarité sociale par division du travail ; faire tout ce qui est matériellement au pouvoir de l'individu pour accroître la solidarité sociale sous ses deux formes.

II

Cette règle de conduite, née de la solidarité sociale, se modèle en quelque sorte sur cette solidarité : elle nous apparaît avec les mêmes caractères. Comme elle, elle englobe l'homme tout entier; comme elle, elle est d'abord à la fois individuelle et sociale.

La règle de conduite est sociale par son fondement, en ce sens qu'elle n'existe que parce que les hommes vivent en société. Que, si les hommes ne vivaient pas en société, elle n'existerait point. Mais comme l'homme ne peut vivre qu'en société, a toujours vécu en société, cette règle de conduite a toujours existé et existera

toujours. Elle apparaît dès qu'il y a une collectivité humaine et parce qu'il y a une collectivité humaine. Elle existe dans toutes les collectivités humaines, les plus primitives comme les plus civilisées, les plus humbles comme les plus puissantes, les plus simples comme les plus complexes ; elle s'impose dans les sociétés amorphes et les sociétés organisées, dans les sociétés où ne paraît exister aucun embryon d'organisation politique, comme dans celles où fonctionne un système politique savant et compliqué. A ce point de vue nous sommes d'accord avec les pures doctrines sociologiques, qui voient dans la morale et le droit une formation spontanée, un produit naturel du développement social. Nous repoussons sans doute toute assimilation aux formations biologiques ; mais nous admettons sans hésiter que le droit et la morale sont des produits naturels des rapports sociaux ; nous repoussons toutes les doctrines, qui fondent le droit et la morale sur l'existence de droits et de devoirs individuels antérieurs à toute société, appartenant à l'homme et s'imposant à l'homme parce qu'il est homme. La règle de conduite est un produit social ; ou plutôt elle est la société elle-même, en ce sens que l'existence de la société implique l'existence d'une règle de conduite.

Mais en même temps la règle de conduite est individuelle, d'abord parce qu'elle est, ne peut être qu'un concept individuel. Ici nous nous séparons complètement des doctrines sociologiques généralement admises. La prétendue conscience sociale nous paraît une hypothèse pure. Nous croyons l'avoir établi au chapitre précédent, en montrant que la notion de solidarité sociale était une notion exclusivement individuelle, que l'accroissement de la solidarité sociale coïncidait toujours avec une extension de la conscience individuelle, que la notion des rapports sociaux

était une notion individuelle, que le contenu de la conscience pouvait être social, mais que le support de la conscience restait toujours l'individu. Or la notion de solidarité contient la notion de règle de conduite; les deux notions n'en font qu'une ; par conséquent la notion de règle de conduite est une notion exclusivement individuelle. Nous repoussons toutes les hypothèses artificielles de conscience sociale : les individus, membres d'une même société, pensent et veulent, à un moment donné, les mêmes choses, mais ils les pensent et ils les veulent individuellement. La règle de conduite est pensée et voulue par l'individu et seulement par l'individu. La conscience nationale de l'école historique allemande[1] est une fiction comme la conscience sociale des sociologues. L'homme individu pense et veut la règle de conduite comme il pense et veut la solidarité sociale, et c'est seulement dans la conscience de l'individu que nous pouvons saisir et la règle de conduite et la solidarité sociale.

La règle de conduite est individuelle, en second lieu, parce qu'elle ne s'applique qu'à des individus. Une règle de conduite ne peut s'imposer qu'à des êtres doués d'une conscience et d'une volonté, c'est-à-dire à des êtres capables de saisir les motifs qui les font agir, quelque obscure d'ailleurs que soit cette conscience des buts. Peu importe aussi que l'être qui agit se trompe sur les motifs qui, en réalité, ont déterminé son acte. Ce qui nous intéresse, ce n'est pas le but qui, en réalité, provoque l'action, mais bien le but qui, dans la pensée de celui qui agit, détermine l'acte. Les choses se passent en effet comme si c'était bien le

1. V. notamment Savigny, *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1re édit., 1814, et *System des römischen Rechts*, t. I, §§ 7 et suiv. ; — Puchta, *Das Gewohnheitrecht* t. I, 1826, et t. II, 1837 — Cf. Gény, *Méthode d'interprétation du droit privé*, p. 276, 1899.

but dont l'homme a conscience qui réellement déterminait ses actes. Nous ne disons pas non plus que la règle de conduite ne peut s'appliquer qu'à des êtres libres. La liberté au sens métaphysique est indémontrable. La volonté individuelle est au contraire directement saisissable. Peu importe que cette volonté soit libre véritablement ou déterminée fatalement; il y a volonté par cela seul qu'il y a un acte conscient. La volonté n'est que la force interne et consciente qui produit un acte extérieur, force interne mise en mouvement par un but, saisi par le titulaire de cette force. Conscience et volonté, cela suffit pour qu'il y ait application possible d'une règle de conduite. Mais cela est nécessaire; s'il n'y a pas cela, il y a une loi de causalité, il n'y a pas une loi de but. Toute règle de conduite est une loi de but. Or on n'a pas encore établi scientifiquement qu'en dehors de l'homme il y eût des êtres capables d'action volontaire et consciente. Tant que cette preuve ne sera pas faite, nous devons dire : toute règle de conduite s'impose à l'individu et simplement à l'individu. Une règle de conduite ne peut pas s'imposer à une collectivité quelconque, parce que on ne prouve pas que cette collectivité, quelle qu'elle soit, ait une consciene et une volonté. Sans doute on objecte qu'il est alors impossible de fonder les droits et les obligations de l'Etat, et des diverses collectivités, qui encadrent l'homme moderne. L'objection n'est qu'un cercle vicieux, parce qu'il faudrait au préalable démontrer que la notion vraie du droit et de l'obligation juridiques impose la nécessité de reconnaître la personnalité des collectivités; et nous espérons démontrer le contraire [1]. Pour le moment nous affirmons à nouveau que notre règle de conduite ne

1. V. *infra*, chap. III.

peut s'appliquer qu'à l'individu, et que, si (ce qu'il y aura à rechercher plus tard) elle implique des droits et des obligations, ces droits et ces obligations ne peuvent avoir d'autre support que l'individu. Comme l'a dit très justement M. L. Bourgeois : « Il ne s'agit pas de définir les droits que la société peut avoir sur les hommes; mais les droits et les devoirs réciproques que le fait de l'association crée entre les hommes, *seuls êtres réels*, seuls sujets possibles d'un droit et d'un devoir[1]. » Qu'on ne nous parle donc pas des droits et des obligations de l'individu, des droits et des obligations de la société ou de l'Etat, qu'on n'oppose pas continuellement la société à l'individu et réciproquement. Il n'y a de société que par l'individu ; il n'y a que des individus vivant en société ; il n'y a que les droits et les obligations des individus vivant en société[2]. Les expressions de socialisme et d'individualisme, prises dans le sens courant, n'ont pas de portée. Toute tendance socialiste est proprement individualiste, toute tendance sainement individualiste est en même temps socialiste.

Individuelle parce qu'elle est conçue par la conscience individuelle, et parce qu'elle ne s'applique et ne peut s'appliquer qu'à l'individu, la règle de conduite est par là même diverse. Elle est diverse parce que les hommes sont différents les uns des autres, ont des aptitudes particulières, se trouvent dans des situations variables et doivent par conséquent être soumis à des règles de conduite à la fois identiques et différentes. La règle de conduite est la même pour tous les hommes, parce qu'elle impose la coopération à la solidarité

1. Léon Bourgeois, *Solidarité*, p. 90, 1896.

2. Jellinek (*Allegemeine Staatslehre*, p. 121 et suiv., 1900) est obligé de reconnaitre que la personnalité des collectivités est un pur concept juridique, ne répondant à aucune réalité objective, « une forme de la synthèse nécessaire à notre conscience », mais que les « hommes sont toujours nécessairement le substrat de la corporation ».

sociale, obligation commune à tous. Mais les hommes ont des aptitudes diverses, et ce sont ces aptitudes diverses qu'ils doivent mettre au service de la solidarité sociale. Dès lors la règle de conduite impose à tous des actions différentes comme leurs aptitudes mêmes. Cette diversité de la règle augmentera en raison directe de la différenciation des hommes. Plus les hommes seront différents les uns des autres, plus les obligations qui naîtront pour eux de la règle de conduite seront différentes. Particulièrement dans nos sociétés modernes, caractérisées par la profonde diversité des aptitudes individuelles, les obligations qui incombent aux individus sont infiniment variées. Le principe de l'obligation est le même pour tous; les applications en sont différentes pour chacun. Coopérer à la division du travail, élément essentiel de la solidarité sociale moderne, c'est employer ses aptitudes propres à l'échange des services d'où résulte cette solidarité. La règle impose donc, non pas une égale coopération à la division du travail, mais une coopération correspondante aux aptitudes spéciales de chacun. Cela montre combien est fausse la conception d'une égalité mathématique des hommes. Les hommes sont égaux parce qu'ils sont tous soumis à l'obligation générale de coopérer à la solidarité sociale; mais les conséquences de cette obligation générale et commune varient avec chaque sujet, parce que chaque sujet ne peut coopérer à cette solidarité sociale que dans des conditions à lui propres. La véritable égalité consiste à traiter également les choses égales et inégalement les choses inégales; imposer à tous exactement les mêmes obligations, ce serait traiter également des choses inégales, ce ne serait plus l'égalité[1].

1. Paul Laffite, *le Paradoxe de l'égalité*, 1887.

Si la règle de conduite est individuelle et diverse, elle est en même temps générale. La solidarité sociale englobe tous les individus d'une même collectivité, sans exception. La règle de conduite s'impose par suite sans exception à tous les individus. Elle ne s'impose pas à la collectivité, être fictif, mais à tous les individus qu'unit le lien de solidarité, sans distinction, mais proportionnellement à leur capacité d'agir. Aux uns elle demande plus; aux autres, moins; à tous elle demande quelque chose, parce qu'elle est la solidarité sociale elle-même, et que tous sont solidaires les uns des autres. Nous tirons de cela immédiatement une conséquence importante, dont on aura plus tard à montrer les applications[1]. Si dans un groupe social il y a des individus plus forts que les autres, soit parce qu'on leur attribue une force morale ou religieuse supérieure, soit parce qu'ils disposent d'une puissance matérielle de contrainte, soit parce qu'ils peuvent s'appuyer en fait sur le consentement d'une majorité, ces individus sont soumis comme les autres et avec la même rigueur aux prescriptions de la règle de conduite. On dit que dans ces sociétés il y a une autorité politique ; on dit que ces sociétés sont des Etats, lorsque cette plus grande force de quelques-uns présente un certain caractère de permanence et d'organisation. Peu importe. La règle de conduite s'impose à ces plus forts, à ces gouvernants, avec la même rigueur qu'aux faibles, aux gouvernés. Elle les astreint aux mêmes abstentions : ne rien faire qui porte atteinte à la solidarité sociale. Elle leur prescrit les mêmes devoirs : faire tous les actes qu'ils ont la possibilité de faire et qui sont propres à accroître la solidarité sociale. Ces obligations sont même plus étendues pour les plus

1. V. *infra*, chap. IV, §§ 3-6.

forts, pour les gouvernants, que pour les gouvernés, non qu'elles soient d'un autre ordre, qu'elles se rattachent à un autre principe; leur nature et leur fondement restent les mêmes; leur nombre et leur portée diffèrent. Les gouvernants en effet, étant plus forts que les autres, peuvent travailler plus efficacement à la réalisation de la solidarité sociale ; ils peuvent empêcher par la force, dont ils disposent, les atteintes à la solidarité sociale. Investis d'une plus grande force, les gouvernants doivent se servir de cette plus grande force tout entière, en vue de la solidarité sociale. Cette plus grande force devient légitime du moment où elle est employée dans ce but. On aperçoit le principe de la limitation positive et négative de l'Etat[1]. Disons seulement dès à présent que cette obligation générale entraîne pour les gouvernants l'obligation d'assurer, par l'emploi de la force, l'obtention d'un résultat voulu par une volonté individuelle, toutes les fois que cette volonté individuelle a été déterminée par un but conforme à la règle de conduite. Et si, comme on essaiera de le démontrer plus loin[2], cette règle de conduite est la règle de droit, le droit objectif, on comprend comment, dans notre pensée, les pouvoirs et les devoirs positifs et négatifs de l'autorité politique sont déterminés par ce droit objectif. Nous ne dirons donc pas avec Ihering[3] « que le droit est la politique de la force », mais que le droit *impose* aux détenteurs du pouvoir la politique de la force, c'est-à-dire l'obligation de mettre cette force au service de la règle de droit.

Enfin cette règle de conduite est à la fois permanente et changeante. Elle est permanente dans son fondement, qui est la société même; elle reste identique

1. V. *infra*, chap. IV, §§ 3-6.
2. V. chap. II, § 3.
3. *Der Zweck im Recht*, t. I, p. 255 et 367, 1877.

dans son contenu général. Toute société est une solidarité; toute règle de conduite des hommes vivant en société commande de coopérer à cette solidarité; tous les rapports sociaux ont toujours été et seront toujours des rapports de similitudes et de division du travail, d'où la permanence de la règle de conduite et de son contenu général. Mais, en même temps, les formes que revêtent et qu'en fait ont revêtu la solidarité par similitudes et la solidarité par division du travail peuvent varier à l'infini, ont varié et varieront à l'infini. Les sociétés humaines se sont présentées dans l'histoire sous les aspects les plus divers, et ces aspects changeront encore indéfiniment. Hordes, clans, sociétés segmentaires à base de clans, familles, cités, nations, voilà autant de formes sociales différentes, et l'avenir en verra certainement éclore d'autres encore, qu'il est impossible de prévoir. Il n'y a point de type social idéal dont l'homme soit tenu de travailler à se rapprocher toujours davantage. La règle de conduite, telle que nous la comprenons, n'est point un principe absolu à la réalisation duquel tout effort humain doit tendre continuellement. Cet idéal social, personne ne le connaît, personne ne peut le connaître; ce serait l'absolu *social* qui peut-être existe, mais que l'homme ne connaît pas et ne connaîtra jamais. Quand nous parlons de progrès, nous ne voulons point dire que telle ou telle société s'est rapprochée de cet idéal, mais simplement quelle est plus différenciée, qu'elle est plus solidaire et que ses membres croient moins souffrir. Le contenu de la règle objective est un contenu de fait, toujours en voie de transformation, variant avec les temps et les pays. Là domine la solidarité par similitudes, ici la solidarité par division du travail. Ces éléments sociaux varient eux-mêmes sous l'action des facteurs les plus divers, avec le caractère nomade, pastoral, agricole, militaire, industriel de telles

ou telles collectivités. Le rôle de l'historien et du sociologue est évidemment de déterminer les phases successives de cette évolution, de préciser, par l'observation des faits sociaux à une époque donnée, le contenu correspondant de la règle de conduite, et non point de comparer les diverses formes sociales avec une prétendue société idéale. Ainsi, tout en admettant l'existence d'une règle de conduite reposant sur un fondement permanent, nous repoussons les doctrines de droit naturel, qui considèrent cette règle de conduite comme absolue et immuable, quelquefois méconnue et obscurcie, mais toujours vivante, formant l'idéal social auquel doivent aspirer toutes les sociétés humaines, qui seront d'autant plus civilisées qu'elles se rapprocheront davantage de cet idéal. En même temps nous croyons échapper à la critique que nous adressions nous-même à la sociologie contemporaine, quand nous lui reprochions d'être impuissante à déterminer un principe fixe pour la conduite des hommes. Le principe que nous proposons est sans doute tout positif; scientifiquement on ne peut pas en formuler un autre; mais il reste stable tant qu'il y aura des hommes, car il est tiré de l'homme même, de sa double nature individuelle et sociale.

Une règle de conduite existe donc, fondée sur la solidarité sociale, et se traduisant dans la conscience des hommes en même temps que cette solidarité. Les deux notions n'en font qu'une; leur évolution est identique. Cette règle est sociale par son fondement, individuelle par son application et son concept, diverse parce qu'elle est individuelle, générale parce qu'elle est sociale, permanente en son principe, infiniment changeante dans ses applications. Cette règle de conduite est-elle la règle de droit?

III

Cette règle de conduite, comprise ainsi, est règle de droit et non règle morale. A dire vrai cependant, la question nous paraît dénuée d'intérêt, et les controverses sans fin, qui s'élèvent depuis des siècles sur la limite de la morale et du droit, nous paraissent vaines. Si l'on trouve en effet, par l'observation des faits, un principe de conduite assez général pour s'imposer à tous, assez fixe pour s'appliquer dans toute société, assez souple pour se plier à toutes les nécessités d'une époque, à tous les besoins d'un peuple, qu'importe que l'on qualifie ce principe de moral ou de juridique? Si en partant de la seule réalité incontestable, le moi individuel, on établit la subordination de l'individu à une règle, qui lui impose des abstentions et des obligations envers les autres, qu'importe que cette règle soit une règle de morale ou de droit? Qu'importe qu'elle soit morale ou juridique, si tous y sont soumis, s'il n'y a vis-à-vis d'elle ni supérieur ni inférieur, si elle s'applique à tous et que personne ne l'impose, si elle s'impose à tous et que personne ne la crée. Logiquement il n'y a pas de différence entre la morale et le droit. Il ne peut y avoir qu'une différence de fait, en voie d'évolution continuelle. Si tous les hommes avaient une conscience claire et complète des deux éléments essentiels de la solidarité sociale, les similitudes et la division du travail, si tous les hommes comprenaient nettement qu'ils ne peuvent vivre qu'en coopérant à cette double solidarité, personne ne concevrait une différence entre le droit et la morale : le règle morale se confondrait pour tous avec la règle de droit. Mais, dans

l'évolution générale de l'humanité, il y a toujours certains hommes plus éclairés que les autres, qui ont une notion plus précise, plus complète de la solidarité sociale, et qui, par suite, perçoivent certaines règles de conduite avec un caractère strictement obligatoire, que ne saisit point la masse. Ces règles, dont la notion n'a pas encore assez complètement pénétré l'esprit de tous pour qu'on voie dans leur observation une condition essentielle de la solidarité sociale, sont celles que nous appelons règles de morale. On donne en fait le nom de règles de droit aux impératifs, qui apparaissent à la masse comme une condition essentielle du maintien et du développement de la solidarité. Mais les unes et les autres ont le même caractère; les unes et les autres sont fondées sur le même principe ; la notion des unes et des autres a le même contenu; seulement les règles dites de morale sont saisies moins nettement et par moins d'individus que celles dites règles de droit. Cela explique comment, avec les progrès de la civilisation, le domaine de la morale diminue chaque jour au profit du domaine juridique. La règle de conduite, en devenant une règle de droit, ne change pas de caractère; elle reste exactement ce qu'elle était. Si elle devient une règle de droit, c'est simplement qu'elle est plus nettement comprise par un plus grand nombre d'individus.

La morale n'est donc point, comme l'enseignent quelques sociologues, la conciliation des deux sentiments contraires, l'altruisme et l'égoïsme, qui se partageraient l'homme. Le progrès moral ne consiste pas dans le triomphe du sentiment altruiste sur l'égoïsme. L'esprit de l'homme ne présente point cette dualité. La notion, que le progrès intellectuel fait pénétrer plus profondément dans la conscience humaine, est la notion de solidarité sociale, qui est à la fois altruiste et égoïste, ou plus exactement qui n'est ni altruiste ni égoïste. Quand

l'homme se conçoit comme solidaire, il comprend qu'en violant la règle de conduite à l'égard d'un individu il la viole à l'égard de tous et à l'égard de lui-même, qu'en coopérant à la solidarité il travaille pour tous et pour lui-même, que toute atteinte à la justice vis-à-vis d'un seul est une atteinte à la justice pour tous et pour lui-même. Pénétré de ces idées, l'homme n'est ni égoïste, ni altruiste; il est lui-même; il est homme. Ce qu'on appelle l'égoïsme est simplement l'ignorance ou la notion imparfaite de la solidarité sociale. L'homme s'insurge contre la règle de conduite parce qu'il n'a pas un concept suffisamment fort de la solidarité qui l'unit aux autres. L'homme viole les règles de conduite par égoïsme, sans doute; mais l'égoïsme est un motif d'action reposant sur l'ignorance de la solidarité sociale. On touche ainsi la différence entre l'égoïsme et l'individualisme : l'individualisme, pris comme ressort d'action, repose sur la conscience individuelle et claire de la solidarité sociale; l'égoïsme, sur la conscience du moi ignorant ou comprenant imparfaitement la solidarité sociale. C'est pourquoi les anciens ont dit très justement : le savoir est une vertu. Il est une vertu puisqu'il est la condition première de la justice, qui contient toutes les vertus. Aussi Aristote et Platon voyaient-ils avec raison dans l'art de l'éducation la partie essentielle de l'art politique.

Il faut reconnaître cependant que, dans les idées généralement reçues, on établit une séparation bien nette entre le droit et la morale, une distinction qui reposerait sur l'essence des choses. Cette distinction étant admise, la règle que nous avons formulée ne serait-elle pas une règle de morale et non pas une règle de droit? Nous ne le croyons pas. Pour établir une différence spécifique entre le droit et la morale, il faut admettre forcément que la morale peut déterminer un

principe permettant d'apprécier la valeur d'un acte pris en lui-même. Ou les mots n'ont plus de sens, ou la morale ne peut être que cela. Quel que soit d'ailleurs ce principe, il ne sera un principe de morale que s'il est le critérium qui permet de dire : tel acte est bon en soi. Or dans la règle, dont nous avons déterminé le fondement et la formule, nous ne pouvons pas trouver la mesure de la qualité d'un acte. Nous ne disons pas : l'homme doit coopérer à la solidarité sociale, parce que cette coopération est bonne en soi ; mais l'homme doit coopérer à la solidarité sociale, parce que il est homme, et que comme tel il ne peut vivre que par la solidarité sociale. La coopération à la solidarité sociale ne nous apparaît pas, à vrai dire, comme un devoir, mais comme un fait, dont le concept est un ressort d'action, par suite de l'aspiration constante de l'homme à la vie, c'est-à-dire à la diminution de la souffrance individuelle. Nous ne disons pas : tout acte de coopération à la solidarité sociale est bon en soi. Est-il bon ? Est-il mauvais? La question n'est pas là. Elle est d'ailleurs insoluble en science positive. Nous disons : tout acte de coopération ou plus exactement tout acte émané d'une volonté individuelle, déterminée par un but de coopération à la solidarité, a une valeur, que nous pouvons qualifier de sociale, et cet acte s'impose alors au respect de tous. Notre règle ne nous donne donc point un critérium pour apprécier la qualité intrinsèque de l'acte, mais un critérium pour déterminer la valeur sociale d'un acte. S'il y a une différence entre le droit et la morale, elle ne peut être que là. Notre règle est donc une règle de droit, parce qu'elle détermine seulement la valeur sociale de tout acte émané d'une volonté individuelle [1]. On voit ainsi encore toute la différence qui sépare

1. Voir en outre les deux paragraphes suivants.

notre notion de la solidarité des conceptions de charité et de fraternité. Pratique la charité, la fraternité, dit-on, parce que c'est bien. Nous disons au contraire : tu es solidaire, parce que en fait tu es *individualisé* et *socialisé*, et si tu fais un acte de solidarité, cet acte s'impose aux autres parce qu'il est à la fois individuel et social. Les préceptes de la charité et de la fraternité sont des préceptes moraux. La règle, fondée sur la notion de solidarité, n'est pas une règle de morale, elle ne peut être qu'une règle de droit.

IV

On ne doit pas cependant passer sous silence les doctrines purement juridiques, qui ont aujourd'hui une grande vogue et qui aboutissent à des conséquences absolument différentes des nôtres. Nous n'avons point en vue les doctrines de droit naturel aujourd'hui discréditées et qui, fondées sur les droits subjectifs reconnus à l'individu, sont complètement différentes des idées développées ici. Nous ne voyons dans le droit qu'une règle de conduite sociale, et, si l'homme à des droits subjectifs, ils dérivent de cette règle de conduite. Les doctrines de droit naturel font au contraire découler la règle juridique de prétendus droits subjectifs appartenant à l'homme en sa qualité d'homme. On a dit déjà quelques mots de ce système et on y reviendra plus loin [1]. La science juridique française se dégage avec peine de ces théories artificielles; mais quelques-uns des ses représentants paraissent se rattacher à des doc-

1. V. Introduction, et chap. III, §§ 1 et 2.

trines juridiques, qui sont maintenant défendues en Allemagne par des auteurs d'une grande autorité.

La théorie allemande contemporaine a rejeté avec un profond dédain les systèmes de droit naturel. Elle prend pour point de départ le droit objectif, c'est-à-dire la règle s'imposant comme telle et déterminant la valeur sociale d'un acte; elle admet cette règle avec les divers caractères que nous lui avons reconnus; mais en soi, cette règle ne serait pas règle de droit; elle serait une règle morale, économique, politique, non point le droit objectif. Cette règle ne deviendrait règle de droit que lorsqu'elle serait accompagnée de la sanction d'une contrainte matérielle. La règle de droit a sans doute un fondement social; mais la règle sociale ne serait règle de droit que lorsqu'elle serait sanctionnée par une contrainte organisée. D'après cette conception, il n'y a donc dans une société une règle de droit, un droit objectif que lorsque, dans cette société, il existe une autorité investie d'une force matérielle, qui formule expressément ou reconnaît implicitement cette règle et en assure le respect par la contrainte. En d'autres termes, il n'y a, dit-on, règle de droit que là où il y a un Etat, c'est-à-dire une société où il existe un pouvoir politique organisé, investi de la puissance de contraindre. Le droit objectif est une règle sociale voulue par l'Etat sous la sanction de la contrainte matérielle. Il n'y a de règle de droit qu'à cette condition; le droit dérive exclusivement de l'Etat, est une création de l'Etat.

Ces doctrines procèdent toutes de Hégel et de Ihering. Elles inspirent les représentants les plus accrédités du droit public en Allemagne, Laband et Jellinek; elles ont une influence certaine sur la jeune école française; elles conduisent directement à l'impossibilité de limiter par le droit les pouvoirs de l'Etat, d'expliquer certaines lois, comme les lois d'organisation politique, de fonder

le caractère obligatoire des contrats d'Etat. Nous ne pouvons entrer dans le détail ; il importe cependant d'établir nettement la fausseté de ces théories.

Sans parler de Hégel, c'est dans le livre célèbre de Ihering, *Der Zweck im Recht*[1], qu'il faut chercher le principe de toutes ces doctrines. Voici résumées aussi brièvement que possible les vues de l'illustre professeur : — La société, dit-il, se ramène à cette formule : chacun est pour le monde et le monde est pour tous. Mais quelle garantie possède la société que chacun réalisera pour sa part la règle sur laquelle repose toute son essence, la règle : tu es là pour moi ? Il y a à cela deux garanties, qui sont les deux facteurs de la vie sociale : la rétribution ou salaire et la contrainte. L'organisation sociale de la rétribution forme les rapports entre les individus et se traduit surtout dans les contrats et les associations. L'organisation sociale de la contrainte donne naissance à l'Etat et au droit. Par contrainte, au sens le plus général, on doit entendre la réalisation d'un but par l'intervention d'une volonté étrangère. La notion de contrainte suppose *activement* et *passivement* un sujet de volonté, c'est-à-dire un sujet qui veut une chose et qui veut imposer cette chose à une autre volonté. Cette intervention d'une volonté étrangère est possible d'une double manière : 1° par un moyen mécanique ou contrainte physique : l'opposition que la volonté d'un autre oppose à notre but est brisée par une force physique supérieure, processus purement physique de même ordre que le renversement par l'homme de l'obstacle matériel qu'il rencontre sur sa route ; 2° par une contrainte psychologique, au cas où la volonté opposée est vaincue en elle-même, sur son propre terrain, par une idée, par exemple, par

1. Voir particulièrement, t. I, ch. I et chap. VIII, p. 3 et 238.

la crainte d'un danger, d'une souffrance. La somme des manifestations de la contrainte et les règles qui s'y rapportent forment ce qu'on appelle le *système de la contrainte sociale*. Ce système comprend deux fonctions en soi : une fonction *externe* et une fonction *interne*. La fonction externe implique un *apparat* de contrainte externe : c'est l'*Etat*. L'Etat est donc la société elle-même en tant qu'elle contient la puissance de contrainte organisée. La fonction interne est l'établissement des règles relatives à l'exercice de la puissance de contrainte. L'ensemble de ces règles forment le droit. Le droit est le système des buts sociaux assurés par la contrainte. « Ç'a été, dit Ihering, un grand progrès de la philosophie contemporaine du droit sur les doctrines de droit naturel que de reconnaître que le droit est conditionné par l'Etat. Mais on va trop loin quand on dit, avec Hégel, que la période antérieure à la formation de l'Etat est dépourvue de tout intérêt scientifique[1]. » L'Etat est ainsi une formation naturelle et spontanée : c'est la société s'organisant en société de contrainte pour réaliser son essence par le facteur contrainte. L'Etat est la société en tant qu'elle possède la puissance de contrainte réglée et disciplinée. Le droit est l'ensemble des règles par lesquelles l'Etat discipline la contrainte ; le droit est la discipline de la contrainte, et il devient peu à peu la politique de la contrainte. Le caractère essentiel de l'Etat est donc le pouvoir matériel, supérieur, sur un territoire donné, à tout autre pouvoir des particuliers ou des collectivités ; il a le monopole de la contrainte. Le caractère essentiel du droit est d'être la somme des règles de contrainte s'appliquant dans un Etat. Cette définition comprend deux éléments : la règle (norme) et la réalisation de cette règle par la

1. *Der Zweck im Recht*, t. I. p. 241. 1877.

contrainte. Seules sont des règles de droit les règles établies par la société, qui ont derrière elles la contrainte étatique. Par où on dit que l'Etat est la seule source du droit.

Mais, poursuit Ihering, les hommes ne se sont pas arrêtés là, et ils sont arrivés à voir dans le droit une règle, un ordre par voie générale, obligeant, tant qu'il existe, non seulement ceux auquels il s'adresse, mais encore celui qui le formule. Le droit est toujours uniquement la règle établie par l'Etat sous la sanction de la contrainte; mais cette règle, dans sa conception achevée, est considérée comme synallagmatiquement obligatoire tant qu'elle existe, obligatoire pour les individus auxquels elle s'adresse, obligatoire pour l'Etat qui l'édicte. Comment concilier cela avec l'idée que le droit émane de l'Etat, qu'il n'y a de droit que par la volonté de l'Etat. Cette force synallagmatiquement obligatoire du droit s'est réalisée par l'*auto-limitation* de l'Etat. Sans doute dans la règle individuelle ou générale, obligatoire seulement pour celui auquel elle s'adresse, il y a une règle de droit en tant qu'on voit dans le droit simplement un ensemble de règles imposées par la contraite ; mais non, si l'on considère ce que le droit peut être et doit être, et ce qu'il est en fait aujourd'hui, c'est-à-dire l'ordre assuré de la société civile, le triomphe de l'intérêt social sur l'intérêt individuel. Il n'y aura un droit en ce dernier sens, il n'y aura un *Rechtsstaat* que lorsque la puissance étatique sera liée elle-même par la règle de droit. Alors seulement apparaît la légitimité de la loi, alors seulement il y a un ordre juridique (*Rechtsordnung*), alors seulement il y a une justice. Le droit, dans le plein sens du mot, est ainsi la force synallagmatiquement obligatoire de la loi, la propre subordination de l'Etat à la loi faite par lui. Alors seulement le droit et la contrainte cessent

d'être l'arbitraire pour devenir légitimes, pour devenir la justice.

Mais comment, dit Ihering, la puissance étatique peut-elle se subordonner elle-même, puisque par définition elle n'a aucune puissance au-dessus d'elle? Comment le pouvoir étatique arrive-t-il à s'imposer une mesure, une restriction? Tout simplement par l'intérêt personnel. Le pouvoir étatique accepte le droit ainsi entendu et va au droit, conçu comme règle s'imposant à tous et à lui-même, parce qu'il se convainc que son propre intérêt l'y pousse, parce qu'il comprend que là seulement où il observe l'ordre donné par lui-même il acquiert une véritable sécurité et une autorité incontestée. Le droit est ainsi la politique bien entendue de la force, non pas la politique de la passion et de l'intérêt momentané, mais la politique à vues larges et lointaines.

L'influence de Ihering a été considérable sur la doctrine contemporaine de l'Allemagne en matière de droit public. Nous laissons de côté les théories de Seydel[1], de Sarwey[2] et de Zorn[3], qui voient uniquement dans la règle de droit une création arbitraire de l'Etat; ce dernier voit même une loi dans toute décision de l'Etat. Ces auteurs n'admettent même pas l'auto-limitation de l'Etat. Mais Jellinek, dont l'autorité est grande en Allemagne et en France, s'inspire directement de Ihering. L'Etat, dit-il, synthétise tous les buts sociaux; le droit est un de ces buts; donc l'Etat absorbe et crée le droit. Ce qui caractérise l'Etat, c'est l *auto-détermination*, c'est-à-dire la faculté, qui appartient à lui seul, de se déterminer par lui-même et par

1. Seydel, *Grundzüge einer allgemeine Staatslehre*, p. 24, 31, 32, 1873.
2. Sarwey, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungspflege*, p. 12, 1880.
3. Zorn, *Reichsstaatsrecht*, t. I, p. 108, et t. II, p. 333, 1895-1897.

sa propre volonté. « Aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur, l'Etat souverain a la puissance exclusive d'*auto-détermination* (*Selbstbestimmung*). » « Mais, ajoute Jellinek, de même que l'Etat a la faculté d'*auto-détermination*, il a la faculté d'*auto-limitation* (*Selbstbeschränkung*, comme il reconnaît d'autres personnalités à côté et au-dessous de lui, il se crée son droit à l'intérieur et à l'extérieur. Son droit trouve une limite dans le droit reconnu à une autre personnalité... Par l'auto-limitation l'Etat donne ainsi à sa volonté un contenu concret qui la lie... Il sépare son domaine de celui de l'activité privée, se subordonne même dans beaucoup de cas au droit privé, reconnaît la personnalité aux Etats étrangers et lie sa propre volonté par l'entrée dans l'ordre international. En vertu de l'*auto-limitation*, de force physique, l'Etat devient force morale; sa volonté s'élève d'une puissance sans limite à une puissance juridiquement limitée à l'égard d'autres personnalités[1]. » La loi sera donc une règle de droit formulée par l'Etat, étendant ou diminuant la sphère juridique d'une personnalité elle est une règle de droit parce qu'elle émane de la volonté de l'Etat. Et, si elle lie cependant même l'Etat, c'est parce que l'Etat se veut lui-même limité par la règle de droit, en vertu de sa faculté d'*auto-limitation*. Après la publication du livre *Staatenverbindungen*, on avait objecté à Jellinek que, si l'Etat n'est lié par la loi qu'en vertu de sa propre volonté, il n'y a pas à vrai dire de rapport de droit entre l'Etat et une personnalité quelconque, qu'il y a un droit privé, mais qu'il n'y a pas de droit public. Relevant l'objection, le savant professeur se borne à répondre : « Certainement les contradicteurs de ma

1. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 197 et 198, 1887. — Rap. Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenvertrage*, p. 14 suiv., et *Staatenverbindungen*, p. 34.

théorie n'ont pas remarqué que, pour fonder le droit public, j'ai transporté par analogie à l'Etat les principes de l'éthique moderne, l'autonomie morale; que par suite avec leur négation ils arrivent non seulement à renverser le droit public, mais l'éthique, que par là on arrive à un nihilisme qui rend impossible toute science de la vie collective des hommes[1]. » Jellinek se met là en contradiction avec lui-même, car il affirme à maintes reprises, dans son même livre *Gesetz und Verordnung*, que le droit est absolument distinct de l'éthique[2].

Ainsi donc, dans cette conception, il n'y a de droit que par l'Etat, il n'y a de règle de droit que par la volonté de l'Etat; et, si la règle de droit lie l'Etat, de la volonté duquel elle émane, c'est par l'effet d'une *auto-limitation* volontaire[3].

La doctrine de Laband, quoique exposée d'une manière moins précise, paraît bien être identique à celle de Jellinek. Une règle générale conçue, d'après l'observation des faits sociaux, peut être une règle morale, politique, économique; elle n'est pas en soi une règle de droit, même si l'Etat la formule; elle ne devient une règle de droit que lorsque, en la formulant, l'Etat lui donne

1. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 199, note 11, 1887. — Les contradicteurs qu'il vise sont principalement, Rosin, *Souveränetat, Staatgemeinde, Selbsverwaltung*, dans *Hirth's Annalen des deutschen Reichs*, 1883, p. 321 ; — Brie, *Zur Lehre von den Staatenverbindungen, Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht der Gegenwart*, de Grünhut, t. XI, p. 97 ; — Gierke, *Jahrbücher für Gesetzgebung* de Schmoller, t. VII, nouvelle série, p. 1173.

2. Voir notamment ce que dit l'auteur, *Gesetz und Verordnung*, p. 192.

3. Outre les passages cités aux notes précédentes, Jellinek, *Gesetz und Verordung*, p. 191, écrit : « Seul l'Etat a un pouvoir inconditionné. Seul il peut commander, et tout pouvoir dans l'Etat ne peut venir que de lui. Le pouvoir du subordonné de l'Etat, individu ou collectivité, est un *Wollendürfen*, le pouvoir de l'Etat est un *Wollenkönnen*. Tout pouvoir juridique du sujet de l'Etat est conditionné par l'Etat et se distingue par là du pouvoir de l'Etat. »

le caractère d'un ordre s'imposant aux individus sous une sanction directe ou indirecte[1]. Mais Laband paraît bien admettre la théorie de l'*auto-limitation*, quand il écrit : « Dans l'Etat civilisé moderne, l'*imperium* n'est point arbitraire, mais il est un pouvoir déterminé par des règles de droit; la marque de l'Etat de droit (*Rechtsstaat*) est qu'il ne puisse exiger de ses sujets aucune prestation ou aucune abstention, qu'il ne puisse rien leur commander ni rien leur défendre que sur le fondement d'une règle de droit. Ces règles de droit peuvent être fondées sur le droit coutumier; dans les formations modernes juridiques et étatiques, elles sont habituellement sanctionnées par la loi. L'ensemble de ces lois limitent la puissance de l'Etat. Elles établissent des prescriptions juridiques sur l'action que l'Etat peut (*dar_f*) exercer sur les personnes et les patrimoines de ses sujets et par suite fixent en même temps d'autre part la sphère qui est juridiquement protégée[2]. »

Ce rôle de la coutume que reconnaît Laband, et qui en un sens avait été exagéré, peut-être, par l'école historique, est aujourd'hui nié complètement par certains auteurs. La coutume ne serait qu'un fait suggérant à l'esprit du législateur telle ou telle règle; mais il n'y aurait une règle de droit que par l'acte d'une volonté ayant la puissance de créer le droit; cette volonté est celle de l'Etat, qui peut seul faire passer une règle, du domaine de la morale dans le domaine du droit[3].

1. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, t. I, p. 430, note 1, 488 et 643, 3e édit., 1895.
2. Laband, *loc. cit.*, t. I, p. 653 et 654.
3. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, t. I, p. 480 et suiv., 1892. — Cf. Zitelmann, *Gewohnheitsrecht und Irrthum*, dans *Archiv für die civil. Praxis*, t. LXVI, p. 323 et suiv., 1883; — Knitschky, *Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch*, dans *Archiv für öffentliches Recht*, t. XIII, p. 161 et suiv., 1898; — et surtout, Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 276, 1899, et toute la bibliographie donnée par l'auteur.

Ces diverses théories refusent donc le caractère de règle de droit à toute règle qui ne reçoit pas son caractère obligatoire d'un ordre de l'Etat. Elles tentent d'expliquer comment, malgré cela, l'État est limité par le droit. Elles n'y arrivent d'ailleurs qu'imparfaitement. Si elles étaient vraies, notre règle de conduite, fondée sur la conscience de la solidarité sociale, n'aurait point le caractère de règle de droit; elle pourrait être une conception morale, politique, économique, elle ne serait point une règle de droit. Les théories de Jellinek et de Laband aboutissent à des conséquences contradictoires et conduisent à reconnaître *a priori* à l'individu, comme la doctrine des droits naturels, une certaine sphère juridique, c'est-à-dire un ensemble de droits subjectifs[1]. Mais pour le moment la question n'est pas là. La règle de conduite, impliquée par la conscience de la solidarité sociale, est-elle en soi une règle de droit, avant même que l'État l'ait constatée et lui ait donnée la force obligatoire? Nous n'hésitons pas à répondre : oui. Qu'on admette un instant avec Ihering, Jellinek, que la règle de droit ne se conçoive qu'accompagnée d'une contrainte sociale. Faut-il en conclure que la règle de droit n'existera que lorsque cette contrainte sociale sera organisée. L'organisation donnera une plus grande force à cette contrainte, mais ne créera pas cette contrainte; elle donnera une plus grande force à la règle de droit; elle pourra même en assurer d'une manière certaine le respect; elle ne créera pas cette règle de droit. La règle de droit existe, non seulement avant que la contrainte, destinée à la sanctionner, soit organisée, mais avant même que l'homme en ait conscience, par cela seul que les hommes vivent en société. Malgré les différences, précédemment mises

1. Voir *infra*, chap. VII, § 1.

en relief, et qui séparent le monde physique du monde social, on peut bien dire que, de même que les lois physiques existaient avant que la science les formulât, de même la règle de droit existait avant que les hommes en eussent conscience. Cela, il est vrai, est plus théorique que pratique et étranger à la méthode réaliste. Aussi nous n'insistons pas. En fait, l'homme a toujours eu la conscience plus ou moins claire d'une règle de ses actions, fondée sur les rapports qui l'unissent aux autres hommes. Cette règle de conduite, plus ou moins nettement conçue, suivant les individus, les temps et les lieux, est une règle de droit, même avant que sa sanction ne soit socialement organisée. Par cela seul qu'elle dérive de la solidarité sociale, elle a par elle-même une sanction sociale.

Cette règle sociale, disons-nous, porte en elle-même sa sanction. Si la contrainte physique n'est pas organisée, cette règle est en vertu de sa nature même accompagnée d'une contrainte psychologique, suffisante, d'après Ihering lui-même, pour donner à une règle le caractère de règle de droit, en lui assurant une sanction. Expliquons-nous. La mise en œuvre de la sanction d'une règle, par un mode de contrainte quelconque, ne peut apparaître que lorsque l'individu, soumis à cette règle fait un acte de volonté individuelle. Si l'on suppose des individus restant à l'état de repos absolu, la perception d'un mode de sanction quelconque est impossible. Pour apercevoir la sanction positive d'une règle, il faut supposer que l'individu, soumis à la règle, fait un acte conforme ou contraire à cette règle, veut une chose que la règle lui permet, lui impose ou lui interdit de vouloir. Or, étant donnée la règle de conduite telle que nous la concevons, règle sociale par son fondement, l'acte, qui sera fait conformément à la règle, produira nécessairement un effet

social; il produira un effet de solidarité, puisque cet acte, conforme à la règle de conduite, ne peut être qu'un acte de coopération à la solidarité sociale; et cet effet de solidarité sera naturellement accepté par la masse des individus, ayant conscience du lien social, puisque cette conscience du lien social n'est que la conscience même de la solidarité. C'est la conséquence naturelle de l'identité, que nous avons essayé de démontrer : les deux notions de règle de conduite et de solidarité sociale n'en font qu'une seule. En concevant et en voulant la solidarité sociale, les hommes conçoivent et veulent la règle de conduite qui en résulte, et le respect dû à tout acte fait conformément à cette solidarité et à cette règle. De ce chef, cette règle a donc bien une sanction, et une sanction sociale; elle est par suite règle de droit. Si on suppose maintenant un acte individuel contraire à la règle de conduite, c'est un acte portant atteinte à la solidarité sociale, saisi comme tel par les individus conscients de la solidarité sociale et, par conséquent, provoquant une réaction chez la masse des individus, ayant conscience du lien social. Tout acte contraire à la règle de conduite est une atteinte à la solidarité sociale; par conséquent il est nécessairement conçu comme un acte *antisocial*. Il y a donc forcément, ou bien reconnaissance sociale d'un acte individuel, quand il est à la fois conforme à la solidarité et à la règle de conduite, et réprobation sociale de l'acte, quand il est à la fois contraire à la solidarité et à la règle de conduite. Cette conscience de la reconnaissance ou de la réprobation d'un acte peut être plus ou moins obscure, suivant les temps, les pays et les esprits; mais elle existe toujours, par cela seul qu'existe le concept du lien social. La notion de solidarité contient en elle-même la notion de la règle de conduite et de sa sanction sociale.

D'après Ihering lui-même, pour qu'il y ait règle de droit, il suffit qu'il y ait une sanction résultant d'une contrainte psychologique[1]. Or la conscience de cette reconnaissance ou de cette réprobation sociale d'un acte, suivant qu'il est conforme ou contraire à la règle née de la solidarité, ne constitue-t-elle pas précisément cette sanction par voie de contrainte psychologique? Cette sanction existe toujours dans toute société, même dans toute société où il n'y aurait point, par hypothèse, de force consciente et organisée, même dans les sociétés où il n'y aurait pas une puissance politique, formulant des règles de conduite, et en organisant la sanction par voie de contrainte physique ou psychologique, même dans des sociétés non encore étatisées. Existe-t-il des sociétés présentant ce caractère? Le raisonnement nous conduit à l'admettre. Les sociologues les plus autorisés citent des exemples de société où il n'y a aucune trace de différenciation politique[2] et où les hommes ont cependant conscience d'une règle de conduite. Pourquoi cette règle de conduite ne serait-elle pas une règle de droit? D'ailleurs, qu'importe qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas des sociétés sans caractère étatique. Ce qui est essentiel, et ce que nous croyons avoir établi, c'est que la conception d'une règle de droit, comprise comme règle sociale, investie d'une sanction sociale, est complètement indépendante de la notion d'Etat, que cette con-

1. Ihering, *Der Zweck im Recht*, t. I, p. 368, parle du *sentiment du droit* (*Rechtsgefühl*) comme garantie du droit. N'est-ce pas précisément la contrainte psychologique ?

2. Herbert Spencer, *Principes de sociologie*, traduct. Cazelles, t. III, p. 390, 1883. « Cook remarque que chez les petits groupes errants de Fuégiens nul n'est plus respecté qu'un autre. Les Veddahs, les Andoménes, les Australiens, les Tasmaniens sont aussi des assemblages lâches, où n'existe aucune dissemblance permanente de positions sociales... Chez les hordes errantes de Coroados de l'Amérique du Sud, les distinctions de parties ne sont que nominales. »

ception est antérieure, supérieure à la notion d'Etat et plus compréhensive. Nous n'avons pas encore parlé de l'Etat, et par la simple observation de la structure générale des sociétés, de la représentation que les hommes s'en forment, nous sommes arrivés à la notion d'une règle de conduite, sociale par son fondement et sa sanction; elle ne peut être que la règle de droit.

Allons plus loin. Même dans les sociétés, qui ont un pouvoir politique organisé, même dans les sociétés parvenues à un haut degré de civilisation, n'y a-t-il pas beaucoup de règles de conduite, comprises et acceptées par la masse générale des individus, qui sont sociales par leur fondement et qui trouvent leur sanction uniquement dans la réaction sociale que provoque leur violation, et dans la reconnaissance sociale qui accompagne leur application? Ces règles cependant ne sont pas encore *étatisées;* elles ne sont pas encore formulées par le pouvoir politique, qui n'en reconnaît pas encore l'application et qui n'en réprime pas encore la violation. Par exemple, la règle, aujourd'hui à peu près unanimement admise et qui impose à l'Etat le devoir d'assistance. Peut-on dire que cette règle n'est devenue une règle de droit que par l'effet de lois positives, qui en ont fait une constatation incomplète et une application imparfaite dans la plupart des pays, qu'elle n'est règle de droit que dans la mesure de cette constatation et de cette application, qu'au-delà elle n'est que règle morale ou politique? Pour nous, il n'y a pas de règle politique qui ne soit une règle de droit, et un acte qui n'est pas conforme au droit ne peut être un acte politique[1]. Il est temps d'en finir avec cette séparation de la politique et du droit, qui depuis trop

1. V. notamment, *infra*, chap. IV, §§ 3-7.

longtemps est invoquée pour couvrir les tyrannies de tout ordre. La politique peut être une branche de l'art juridique; elle n'est pas distincte du droit : ou elle n'est rien, ou elle est l'art d'adapter aux faits et aux hommes une règle de droit. Et pourquoi cette règle, qui impose à l'Etat le devoir d'assistance, ne serait-elle, en dehors des applications qui en sont faites dans certaines lois positives, qu'une règle de morale? Une conception éthique ne peut être que la notion d'une règle, s'imposant à l'homme parce que l'objet de cette règle est le bien en soi, quelle que soit d'ailleurs l'idée qu'on se forme du bien en soi. Les règles dont nous parlons, et particulièrement celle qui impose à l'Etat le devoir d'assistance, ne sont obligatoires pour les hommes que parce qu'ils vivent en société, parce que les sociétés ont à une époque donnée certains besoins. Précisément pour cela, elles sont des règles de droit, et nous ne comprendrions point que, ne l'étant pas, elles puissent le devenir, parce qu'il plaîrait à quelques individus plus forts que les autres de leur donner ce caractère; elles deviendront alors des règles de droit *étatiques;* mais elles étaient et elles restent des règles de droit.

Il existe un grand nombre de règles étatiques, c'est-à-dire consacrées au moins implicitement par la loi positive, qui n'ont en réalité qu'une sanction par voie de contrainte simplement psychologique. A vrai dire, il en est ainsi notamment de toutes les lois pénales. On ne saurait guère nier que, dans l'état actuel de notre civilisation, les règles : « Tu ne tueras pas, tu ne voleras pas », ne soient des règles de droit. Au fond, ces règles sont-elles sanctionnées par des moyens de contrainte directs et matériels? L'Etat prend des dispositions matérielles pour prévenir et réprimer dans la mesure du possible l'accomplissement de pareils faits, mesures de police

préventive, mesures de police répressive pour empêcher par l'application d'une peine exemplaire le retour de ces actes. Mais la sanction contraignante de la règle ne se trouve en réalité que dans la crainte qu'inspire aux individus la peine dont la loi pénale menace ceux qui la violeront. En un mot la sanction de la loi pénale est essentiellement une contrainte psychologique. En outre on a pu très raisonnablement soutenir que ces règles : « Tu ne voleras pas, tu ne tueras pas », comme toutes les règles prohibant une infraction, ne sont point, même implicitement, formulées par le législateur pénal, que celui-ci ne formule que l'ordre aux gouvernants ou à leurs agents, d'intervenir lorsque tel ou tel fait à été commis[1]. S'il en était ainsi, les règles qui prohibent le meurtre, le vol, l'escroquerie, etc... ne seraient constatées par aucune loi positive, ne seraient investies d'aucune sanction étatique directe, et cependant, d'un avœu unanime, elles sont des règles de droit. Laband le reconnaît bien. « La règle : « Tu ne dois pas voler » est, dit-il, une règle de droit parce qu'elle coïncide avec les lois contre le vol. » Il est vrai qu'il ajoute : « Les règles : Tu ne dois pas mentir, tu ne dois pas t'enrichir aux dépens d'autrui, sont certainement des principes qui servent de fondement à nombre de prescriptions de droit criminel et de droit privé, mais elles ne sont pas en soi des règles de droit, elles ne le sont que par leur union à d'autres éléments de fait, dans lesquels une efficacité juridique leur a été conférée[2]. » La distinction faite par le savant auteur entre les règles : « Tu ne dois pas voler », et la règle : « Tu ne dois pas t'enrichir aux dépens d'autrui », est-

1. Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, t. I, p. 8, 66 et suiv. Cf. Binding, *Grundriss des gemeinen Strafrechts*, t. I, p. 58, 5e édit., 1897.
2. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, t. I, p. 430, note 1, 3e édit., 1895.

elle exacte? Nous en doutons. La seule différence est que le mot de vol implique dans la langue courante l'idée d'une intention dommageable, que la répression positive peut être plus rigoureuse pour le vol que pour l'enrichissement aux dépens d'autrui; mais la violation de ces deux règles est une atteinte à la solidarité sociale telle qu'elle est comprise de nos jours, et, si l'une est une règle de droit « autonome », nous ne voyons pas pourquoi l'autre ne le serait point.

Deux considérations enfin nous paraissent établir, à l'encontre des doctrines que nous repoussons, que la notion de règle de conduite, que nous avons essayé de dégager, est bien la notion d'une règle de droit.

On l'a dit plus haut[1]: la notion de droit n'a de valeur que si elle permet de limiter positivement et négativement les pouvoirs des gouvernants ou de l'Etat, de déterminer les choses qu'il est obligé de faire et les choses qu'il ne peut pas faire. Le grand mérite de la doctrine individualiste est de l'avoir compris. Mais elle repose sur une hypothèse; elle est contraire à la réalité des choses; elle est impuissante à établir l'indépendance primaire et naturelle de l'homme et l'existence de droits subjectifs fondés sur l'autonomie de la personne humaine. D'autre part elle permet bien de déterminer négativement l'étendue de l'action étatique, mais non de définir les devoirs positifs qui incombent au pouvoir politique. Elle est artificielle et insuffisante. Notre notion de la règle de droit au contraire forme un fondement solide pour déterminer les obligations positives et négatives de l'Etat. Notre règle s'impose à l'Etat, c'est-à-dire aux individus investis de la puissance, comme elle s'impose à tous les individus : l'Etat la constate, en organise la sanction pratique, mais ne la crée pas.

1. V. *Introduction*, § 3.

Il est lié par elle. Avec la doctrine de Ihering et de Jellinek, l'Etat ne peut être logiquement lié par la règle de droit, à laquelle il donne seul la vie. Et cependant, ces auteurs ont bien compris qu'il ne pouvait en être ainsi, que l'Etat apparaissait à la conscience humaine, sinon *a priori*, du moins par un effet naturel de l'évolution des idées, comme limité positivement et négativement par la règle de droit. Alors ils ont eu recours à l'*auto-limitation* de l'Etat. Jellinek ne cherche point à expliquer cette auto-limitation. Ihering prétend que le détenteur du pouvoir a été amené, par l'intelligence de son intérêt personnel bien compris, à se limiter lui-même. C'est une explication bien hypothétique et une garantie bien fragile contre l'arbitraire de l'Etat. Une limitation voulue n'est pas une limitation pour celui qui la veut, et, si l'on admet cette seule limitation, il vaut autant dire que le pouvoir de l'Etat est sans limite et aller logiquement jusqu'à l'extrême conséquence qu'admettent Seydel[1], Sarwey[2] et Zorn[3]. L'Etat, dit-on, se limite et s'oblige par la loi, qui crée le droit; et tant que la loi existe, il est lié par la loi, c'est-à-dire par le droit. Mais la loi n'est qu'une mode d'action de l'Etat; or si l'état est limité par le droit, comme nous le croyons fermement, il est limité dans tous ses modes d'action, même dans l'action législative. L'Etat ne peut pas tout faire même par la loi[4]; et

1. Seydel, *Grundzüge einer allgemeine Staatslehre*, p. 14, 1873, et *Bayerisches Staatsrecht*, t. I, p. 26, 1894-1895.

2. Sarwey, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungspflege*, p. 12, 1880 : « Le défaut capital de l'école se rattachant à la conception kantienne de l'Etat consiste dans la tentative de construire l'Etat en partant de la notion de droit. Au contraire la notion de droit ne peut être construite qu'en partant de l'Etat. » Cf. Sarwey, *Das Staatsrecht des Königreiches Wurtemberg*, t. I, p. 37, t. II, p. 92, 1883.

3. Zorn, *Reichesstaatsrecht*, t. I, p. 108, et t. II, p. 333, 1895-1897.

4. C'est ce qu'ont bien compris les auteurs de la constitution de 1791. Il y est dit : « Le pouvoir législatif ne pourra faire aucune loi qui... » (Tit. I, § 3.) — V. *infra*, chap. IV, §§ 3-6.

s'il n'était lié que par la loi qu'il a faite, qu'il pouvait ne pas faire et qu'il peut défaire par une autre loi, à vrai dire, il ne serait point lié par le droit.

Avec la doctrine de Ihering et de Jellinek, et des jurisconsultes très nombreux qui les suivent, il est impossible de reconnaître le caractère de règle de droit, même aux lois positives, quand elles ne s'appliquent qu'à l'Etat, quand elles déterminent seulement l'organisation intérieure de l'Etat, suivant l'expression de Laband « l'apparat étatique » auquel elles restreignent leur action. Les lois constitutionnelles organiques ne seraient pas des règles de droit, parce qu'il est impossible qu'elles formulent un ordre. En effet, si l'Etat seul crée le droit, en formulant un ordre accompagné d'une sanction résultant d'une contrainte, l'Etat ne peut s'adresser à lui-même un tel ordre. Un ordre suppose en effet deux sujets, un sujet qui commande et un sujet auquel on commande. Dans la doctrine dominante de la personnalité de l'Etat, l'Etat personne, créant le droit en formulant l'ordre étatique, ne peut pas être à la fois commandant et commandé. Donc les lois constitutionnelles et organiques, qui ne s'adressent qu'à l'Etat, ne peuvent être des lois, puisqu'elles ne peuvent contenir une règle imposée par un supérieur à un inférieur. Laband d'ailleurs paraît bien l'admettre, quand il écrit : « Les dispositions, qui se restreignent aux organes d'Etat sans réagir sur des particuliers, ne sont pas des lois[1]. » Ainsi les dispositions, qui dans tous les pays sont considérées comme les lois par excellence, comme les *supremæ leges*, ne seraient pas des lois au sens *matériel*. Une doctrine qui conduit logiquement à de pareilles conséquences est condamnée[2]. Il faut donc admettre

1. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, t. I, p. 649, 3e édit., 1895.
2. V. *infra*, chap. VII, §§ 3-5.

que l'Etat législateur ne crée pas le droit, mais constate une règle préexistante; et cette règle est dès lors une règle de droit, puisqu'une simple constatation ne peut lui donner un caractère qu'elle n'avait pas. La règle fondée sur le concept de solidarité sociale est donc bien la règle de droit[1].

Ce chapitre était composé quand a paru le nouveau livre de Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*. La théorie d'ensemble que l'auteur y expose sur le droit et l'Etat reste au fond dans ses grandes lignes ce qu'elle était dans les précédents ouvrages. Cependant le savant professeur nous paraît faire, non peut-être sans contradiction, une part plus large à la formation spontanée du droit et à l'indépendance du droit à l'égard de l'Etat. Aussi quelques-unes des critiques dirigées précédemment contre la théorie de Jellinek, telle qu'elle résultait des livres, *Gesetz und Verordnung* et *System der subjektiven Rechte*, ne peuvent pas s'appliquer à la doctrine exposée dans *Allgemeine Staatslehre*. Nous pouvons même à présent invoquer sur certains points la grande autorité de Jellinek à l'appui de nos conclusions.

Le savant professeur déclare d'abord, et il a raison, que la science positive ne peut déterminer la valeur transcendante des institutions humaines en général et du droit en particulier. Il ajoute qu'on doit considérer le droit comme un phénomène psychologique, interne à l'homme, que le droit ainsi compris est une partie des représentations humaines, qu'il existe dans notre esprit, et que la détermination précise du droit consiste « à fixer quelle partie du contenu de notre conscience doit être désignée comme étant le droit ». Or il

1. V. *supra*, chap. I tout entier.

n'y a pas de doute que le droit consiste en un ensemble de règles pour les actes humains. Mais les prescriptions de la religion, de la morale, des mœurs ont aussi ce caractère. En quoi consiste donc la caractéristique propre des règles juridiques? Elles présentent les trois caractères essentiels suivants : 1° ce sont des règles pour la conduite extérieure des hommes les uns à l'égard des autres; 2° ce sont des règles qui viennent d'une autorité externe reconnue; 3° ce sont des règles dont la force obligatoire est garantie par une puissance externe. Par ces trois caractères les normes juridiques se distinguent des normes religieuses et morales, auxquelles manque l'un ou l'autre de ces caractères[1].

Mais (et c'est particulièrement ici que nous trouvons dans *Allgemeine Staatslehre* des arguments en faveur de notre doctrine), Jellinek déclare qu'il n'est point nécessaire pour qu'il y ait une règle de droit qu'elle soit accompagnée d'une contrainte directe, matérielle et organisée. Sans doute, dit-il, la marque nécessaire du droit est sa force d'application (*Giltigkeit*) : une règle ne fait partie de l'ordre juridique que lorsqu'elle *s'impose;* un droit qui ne s'impose plus ou qui n'a pas encore pu s'imposer n'est pas un droit au vrai sens du mot. Mais c'est à tort qu'on a souvent considéré la contrainte proprement dite comme l'unique garantie et par là-même comme la marque essentielle du droit. Le plus souvent ce qu'on appelle la contrainte n'agit que comme une force *compulsive*, c'est-à-dire comme un motif déterminant, par exemple, par la crainte qu'elle inspire. Et d'une manière générale la garantie, qui assure la force obligatoire d'une règle et lui donne son caractère juridique, consiste en ce que « la force *motivante* de ses prescriptions est fortifiée par une force

1. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 302 et 303, 1900.

sociale psychologique, de telle sorte qu'est légitime l'attente que cette règle soit en mesure de s'imposer comme principe d'action contre des motifs individuels contraires[1]. » L'histoire montre d'ailleurs l'existence de forces sociales, distinctes de l'Etat, sans le secours desquelles l'Etat est impuissant à imposer une règle; et toute une partie du droit public moderne et le droit international tout entier ne sont point sanctionnés par une contrainte directe. « Ce n'est donc pas, conclut Jellinek, la contrainte, mais la *garantie*, dont la contrainte n'est qu'un mode, qui est une marque essentielle de la notion de droit. Les règles de droit ne sont pas tant des règles de contrainte que des *normes garanties*[2] ».

Nous n'avons pas dit autre chose et nous avons essayé de montrer que la règle de conduite, fondée sur la solidarité sociale, est vraiment une règle de droit, parce qu'elle trouve cette garantie psycho-sociale, dont parle Jellinek, dans la conscience de la solidarité sociale, et que l'évolution du droit objectif suit l'évolution de la solidarité sociale. Comme nous, le savant professeur d'Heidelberg paraît admettre la formation spontanée du droit. Deux éléments, d'après lui, concourent à cette formation, un élément conservateur et un élément progressiste. Le premier consiste dans la tendance, innée chez l'homme, à considérer les faits existants comme *normatifs*, c'est-à-dire comme l'application d'une règle, et à formuler une règle tirée de ces faits eux-mêmes. L'élément progressiste est l'aspiration constante vers un droit supérieur au droit existant, « et c'est un fait historique que, à partir du moment où l'homme a pensé sur le droit, apparaît chez lui la conviction de l'existence d'un droit naturel, qui ne prend

1. Jellinek, *loc. cit.*, p. 304.
2. *Loc. cit.*, p. 306.

pas sa valeur dans l'établissement humain, mais forme pour celui-ci une règle supérieure ». Cela n'est pas le droit, mais est un élément essentiel de la formation du droit, et c'est ce que n'ont pas compris les critiques dogmatiques des systèmes de droit naturel[1].

Sur tous ces points nous acceptons la doctrine de Jellinek, et ses développements, quoique parfois obscurs, sont singulièrement suggestifs. Mais cette formation spontanée du droit, telle que paraît la comprendre le savant auteur, se concilie-t-elle avec la notion de l'Etat, considérée comme puissance commandante et souveraine? Il nous semble bien que non. Que l'Etat ait pour caractère propre d'être une puissance commandante et souveraine, c'est assurément dans la pensée de Jellinek une chose incontestable. « *Herrscher* (commander en souverain) est, dit-il, le critérium qui distingue la puissance étatique de toute autre puissance... La puissance de l'*Herrscher* est une puissance qui ne peut pas rencontrer de contradiction. *Herrschen*, c'est commander sans condition et pouvoir exercer une contrainte complète. Le subordonné peut se soustraire à toute puissance; à la puissance de l'*Herrscher*, il ne le peut pas...[2] ». L'Etat est bien, d'après l'auteur, une collectivité qui a la puissance commandante et souveraine, ainsi comprise. Et dès lors, quel est le rôle de l'Etat dans la formation du droit? Jellinek déclare que la question a été mal posée et par là même rendue obscure. Si, dit-il, on entend par Etat la communauté politique des peuples modernes, il y a eu certainement un droit avant lui. Mais, si l'on conçoit l'Etat au point de vue *dynamique*, et si on le définit la collectivité investie de la puissance la plus haute que connaît une époque, la réponse est tout

1. *Ibid.*, p. 307 et suiv., et surtout p. 323.
2. *Ibid.*, p. 388. — Cf. cependant p. 442.

autre. Le droit est exclusivement une fonction sociale, et, par conséquent, il naît de l'Etat, qui, en son sens le plus général, n'est pas autre chose qu'une communauté laïque organisée, n'ayant aucune communauté au-dessus de lui. Cependant, dans le développement du droit et de l'Etat, le droit ne serait pas resté uniquement chose de l'Etat. Un droit s'est formé dans des collectivités distinctes de l'Etat, familles, groupes ethniques, collectivités diverses. Mais l'Etat a toujours eu une tendance à attirer à lui tous les moyens de force des collectivités subordonnées, et, ce processus achevé, l'Etat est devenu finalement titulaire exclusif de la puissance de commander. « Par là, dit Jellinek, non pas l'ensemble de la formation juridique, mais bien la protection du droit, juridiquement ordonné, devient chose de l'Etat. La puissance judiciaire passe exclusivement dans ses mains, et toute juridiction ou lui est subordonnée ou est concédée par lui. Par là, c'est enfin droit de l'Etat de régler tout le droit s'appliquant dans l'intérieur de ses frontières, si bien que dans l'Etat moderne tout le droit se résoud en un droit créé étatiquement et étatiquement permis[1]. »

Par un savant détour Jellinek aboutit donc finalement à la même conclusion que dans ses précédents ouvrages : le droit est aujourd'hui une création consciente, voulue et exclusive de l'Etat. Sans doute l'auteur ne voit pas là un principe théorique, mais seulement l'aboutissant d'un processus historique. Peu importe. La proposition reste la même, et les critiques formulées plus haut nous paraissent subsister sur ce point. Si l'Etat moderne crée tout le droit, il crée aussi son propre droit, et par suite l'Etat ne sera limité dans son action, déterminé dans ses obligations que par le droit

1. *Ibid.*, p. 330.

qu'il s'impose à lui-même, par l'*auto-limitation* dont l'idée se retrouve tout entière dans l'*Allgemeine Staatslehre*. « De cette auto-limitation, dit encore Jellinek, dépend tout le droit public et par là tout le droit. » « Quand l'Etat agit par des règles fixes ne pouvant être établies et changées que dans les formes juridiques, ces règles contiennent en soi la subordination à elles des organes étatiques. Par là l'activité de l'Etat lui-même est subordonnée, puisque l'activité des organes étatiques est l'activité de l'Etat même... Il y a ainsi cachée dans toute règle de droit la garantie, donnée aux sujets soumis au droit, qu'elle oblige pour la durée de son application l'Etat lui-même. Le commandement à ses organes de respecter les règles de droit n'est pas un simple acte de volonté de l'Etat..., mais aussi l'accomplissement d'une obligation. L'Etat s'oblige dans l'acte de création du droit, quel que soit ce droit, envers ses sujets, au maintien et à la réalisation du droit[1]. »

Jellinek explique encore cette subordination de l'Etat à son propre droit, par une évolution historique. Malgré cela, la proposition nous paraît toujours contradictoire en elle-même. Et en se plaçant au point de vue psycho-social qui est celui de l'auteur, on ne conçoit pas comment l'idée de l'auto-limitation étatique ait pu se concilier, même historiquement, avec l'idée de la création juridique exclusive par l'Etat. La conception de la subordination de l'Etat au droit nous paraît impliquer forcément la conception d'une règle de droit antérieure et supérieure à l'Etat. Du reste, le savant auteur semble bien en faire l'aveu. « Sans doute, dit-il, le point de départ a été que tout acte émané de la puissance souveraine est par nature conforme au

1. *Ibid.*, p. 332 et p. 434.

droit et ne peut jamais être un *non-droit*... Mais à un degré élevé de développement juridique, même l'activité créatrice du droit, appartenant à l'Etat, peut être juridiquement limitée. L'acte de création juridique, même quand la chose créée est et reste existante en droit, peut enfermer en soi une violation du droit... Il y a eu depuis longtemps, et il y a certainement aujourd'hui, dans le droit des peuples civilisés, un fond qui est enlevé à tout arbitraire législatif. Cela est le résultat du développement historique d'un peuple... Par suite, si on abandonne le point de vue purement formel-juridique, il y a une distinction de tout droit en éléments variables et en éléments constants. Mais ces *constantes* sont reconnues avoir ce caractère conformément à l'ensemble de la civilisation d'un peuple, expréssement ou tacitement et forment par là un *étalon juridique* pour l'appréciation des actes de volonté étatique, même inattaquables en la forme. Par suite, une loi ou une décision judiciaire, contre lesquelles aucun recours n'est recevable, peuvent être considérées comme *non-droit*, non pas seulement comme injustes[1]. »

Assurément, et notre livre n'a pas d'autre but que de l'établir. Mais, malgré tous nos efforts, nous ne comprenons pas comment cette proposition se concilie chez Jellinek avec le reste de sa théorie. Le dilemme nous paraît subsister tout entier. Si l'Etat n'est pas cette puissance commandante et souveraine, qui crée le droit par sa volonté propre, si l'Etat ne fait que constater et garantir des règles de droit antérieures et supérieures à lui, alors nous comprenons parfaitement que l'Etat ne puisse pas tout faire même législativement, et que les lois émanées du pouvoir dit souverain soient parfois un *non-droit*. Mais si, au contraire, l'Etat est, comme l'af-

1. *Ibid.*, p. 331-337.

firme Jellinek, une collectivité souveraine, dont la volonté inconditionnée crée le droit dans la société moderne, nous ne pouvons pas apercevoir de limites juridiques à l'action créatrice de l'Etat, et nous ne pouvons comprendre que l'acte émané du souverain, la loi, puisse être parfois une violation du droit. Quoi qu'il en soit, il y a dans le nouveau livre du savant professeur, pour arriver à une limitation juridique de l'Etat, un effort remarquable, qui aura sans aucun doute une heureuse influence et sur les théories des juristes et sur la politique des gouvernements.

V

Nous ne pouvons négliger d'autres doctrines, dont l'influence balance en Allemagne celles de Ihering et de Jellinek : nous voulons parler des théories de Gierke et des nombreux jurisconsultes qui procèdent de lui, particulièrement Hoenel et Preuss[1]. Elles ont, sur les systèmes précédemment exposés, la grande supériorité de ne pas faire découler le droit de la seule volonté de l'Etat et d'avoir tenté de limiter véritablement l'Etat par le droit. A beaucoup d'égards elles aboutissent aux mêmes conclusions que nous-même. Sur certains points cependant, nous nous en séparons complètement. Ces doctrines ont de plus le tort de reposer souvent sur des affirmations *a priori*, non sur des preuves ; et leur crédit est dû bien plutôt à l'autorité de leur promoteur qu'à l'évidence d'une démonstration.

1. Cf. Gneist, *Der Rechtsstaat*, 1872 ; 2e édit., 1879.

D'après Gierke[1], l'essence du droit consiste en ce qu'une volonté souveraine extérieure, dans l'intérieur de la société humaine, l'affirme et le limite. Aussitôt qu'une pluralité de volontés tend à la réalisation, on a besoin d'un ordre juridique. Sans doute, il y a une autre fonction sociale qui règle la volonté et interdit l'action incorrecte : c'est la morale. Mais la morale règle la volonté seulement à l'intérieur. Cependant la vie sociale ne peut exister sans que, aussi à l'extérieur, les volontés concourantes aient une règle limitative. Cette règle limitative est le droit. Après son apparition le droit se manifeste, sous le rapport objectif, comme un ensemble de règles, sous le rapport subjectif comme un ensemble de pouvoirs (*Befugnisse*) et d'obligations. Comme règle, c'est un ordre externe de la puissance publique pour les volontés soumises à cette règle. Au point de vue subjectif, c'est la réalisation externe de la liberté de volonté, à laquelle par le pouvoir (*Befugniss*) est ouverte une sphère d'action, et par l'obligation est établie une sphère de restriction.

Mais, dit Gierke, le droit n'est pas plus enfanté par l'Etat que l'Etat n'est enfanté par le droit : en réalité, le droit et l'Etat existent en même temps et s'enfantent l'un par l'autre. Etat et droit ne sont pas concevables pour nous l'un sans l'autre ; aucun des deux n'a existé avant l'autre ou par l'autre, et la science, si elle veut être absolument réaliste, doit se conformer absolument à ce rapport. Preuss, développant la même idée, écrit : « Nées en même temps comme deux sœurs jumelles à l'époque de l'établissement de l'humanité, ces deux

1. Gierke, *Die Grundbegriffe des Staats und die neusten Staatsrechtstheorien*, dans *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, t. XXX, p. 160, 1874. Voir le développement de ces idées avec quelques modifications de détail. Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietkörperschaften*, 1889.

idées (de droit et d'Etat) ne sont pas restées étrangères l'une à l'autre ; au cours du long développement de l'humanité, elles se sont continuellement pénétrées, l'une entraînant et développant l'autre. Aujourd'hui le développement en est à ce point que notre droit est devenu surtout un droit étatique et notre Etat un *Rechtsstaat* (un Etat de droit). » Pas plus que par ce mot de *Rechtsstaat*, on ne doit entendre l'Etat comme une création du droit, pas plus dans la reconnaissance du droit étatique, on ne doit voir la conception de l'Etat comme créateur du droit[1]. D'après ces doctrines l'Etat n'est qu'une forme sociale, de même nature que les autres, et le droit naît ainsi de toute formation sociale. « Par cela seul, dit Preuss[2], que deux hommes existent à côté l'un de l'autre, par cela seul il y a nécessairement sous une forme quelconque une limitation de leur sphère de volonté l'une vis-à-vis de l'autre, et par là est donnée l'idée de droit. » L'acceptation d'un Etat antérieur au droit repose sur la confusion d'une forme du développement du droit avec l'idée du droit. C'est, d'après Gierke, une grossière fiction que d'admettre qu'à un certain moment un Etat ait existé sans droit, que d'abord une puissance se soit formée et qu'alors seulement l'idée de droit se soit fait jour. « Il est indifférent pour la notion de droit qu'il existe pour lui des moyens de puissance externe, et le droit sans puissance et sans action reste toujours le droit... Que la contrainte soit incomplètement organisée, que même peut-être elle soit impossible par suite de l'absence d'une puissance de contrainte, cela ne supprime pas la notion de droit. Mais l'idée, que l'exécution par la contrainte de toute règle de droit est légitime et désirable, est une

1. Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich*, p. 205 et 206, 1889.
2. *Ibid.*, p. 204.

idée juste[1]. » Gierke dit encore avec grande raison : « C'est une fonction incontestable et rationnelle du droit d'ordonner et de diriger la vie interne de l'Etat[2]. »

Jusqu'à présent, ces idées sont les nôtres ou peu s'en faut; et nous sommes heureux de pouvoir nous placer sous la grande autorité de Gierke. Il y a une règle de conduite, par cela seul qu'il y a un groupement humain, et comme produit nécessaire et concommittant de ce groupement; cette règle de conduite est une règle de droit, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas de contrainte organisée. Mais nous ne pouvons suivre le savant auteur, quand il enseigne que toute collectivité est forcément une personnalité juridique. « L'Etat, comme toute autre collectivité organisée, est une existence collective juridiquement ordonnée[3]. » L'Etat aurait même une double personnalité, une personnalité de droit privé et une personnalité de droit public, en tant que puissance commandante. Preuss suit fidèlement cette doctrine. L'identité d'essence des corporations et de l'Etat est le point capital; toute corporation est une personnalité juridique; l'Etat est une personnalité juridique, conception, qui, Preuss le reconnaît, est le résultat d'une assez longue évolution. C'est par là seulement, ajoute cet auteur, que l'Etat entre dans le cercle du droit, dans le réseau des obligations dont le droit entoure toutes les personnes[4]. Sur tous ces points, on ne trouve chez Gierke, chez Preuss, que des affirmations *a priori*. Pour eux la personnalité de l'Etat est un dogme, qui s'impose, si l'on veut que l'Etat soit une *Rechtsstaat*,

1. Gierke, *loc. cit.*, p. 180.
2. Gierke, *loc. cit.*, p. 181.
3. Gierke, *loc. cit.*, p. 171. — Cf. Gierke, *Die Genossenschaftstheorie*, 1887.
4. Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich*, p. 213.

c'est-à-dire soit réglé par le droit. Or de dogmes, nous n'en acceptons d'aucune espèce, et nous espérons bien établir que les pouvoirs de l'Etat peuvent être limités par le droit, sans qu'il soit nécessaire d'imaginer la fiction de la personnalité [1].

De plus, Gierke ne se met-il pas en contradiction avec lui-même, ne retombe-t-il pas, ou dans la théorie des droits individuels, ou dans la doctrine du droit créé exclusivement par l'Etat, quand il dit : « Quoique les fonctions sociales de l'Etat et du droit soient de nature différente, cependant elles sont établies l'une par l'autre et ne peuvent trouver leur réalisation complète que l'une par l'autre. L'Etat pour acquérir la force interne nécessaire à sa mission civilisatrice, a besoin de l'aide de la conception du droit. A l'inverse, le droit a besoin, pour atteindre son but, du secours actif de l'Etat. Sans le secours de la puissance étatique, le droit ne peut pas remplir complètement sa mission, il reste un droit incomplet, inapte; le droit trouve sa perfection seulement si l'Etat met sa puissance à sa disposition. L'enfantement du droit et la protection du droit sont des fonctions nécessaires de l'Etat [2]. » Ici, Gierke nous paraît bien arriver à la doctrine de Ihering, de Jellinek et des autres auteurs, qui voient dans l'Etat le créateur unique et souverain du droit. Sans doute, pour Gierke, l'idée de droit est indépendante de l'idée d'Etat; mais il ne semble point admettre, ce qui pour nous est essentiel, que l'Etat est obligé, par une règle de droit supérieure à lui, de remplir sa mission civilisatrice, que son devoir de *culture* est une obligation juridique, et que les moyens qu'il peut et qu'il doit employer, pour remplir cette mission, sont eux aussi déterminés par la

1. V. particulièrement, chap. IV, § 3.
2. Gierke, article cité, *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, t. XXX, p. 178, 1874.

règle de droit. Gierke se borne à dire que l'Etat ne peut, en fait, accomplir son œuvre civilisatrice que par le droit. C'est donc simplement en fait, comme l'enseignent Ihering et Jellinek, que l'Etat s'est subordonné au droit, quand pour nous c'est en droit que l'Etat est subordonné à une règle supérieure à lui, et qui l'astreint à certaines obligations. Au fond sur ce point, la doctrine de Gierke aboutit ainsi à la subordination volontaire de l'Etat au droit. Il est vrai que le savant professeur dit, d'autre part, que « le droit de son côté a à fixer les bornes en dedans desquelles la libre poursuite des buts individuels comme des buts sociaux par toute volonté existante, même la volonté étatique, doit se maintenir[1] ». Mais si ce n'est pas en vertu du droit que l'Etat est obligé de travailler à l'œuvre civilisatrice, si les modes d'action de l'Etat dans l'accomplissement de cette œuvre ne sont pas réglés par le droit, si en un mot, d'après le langage même de Gierke, l'Etat possède d'une manière séparée et distincte les deux caractères de *Rechtsstaat* et de *Cultursstaat*, comment peut-on comprendre qu'il y ait des bornes, fixées par le droit, s'imposant au *Cultursstaat*, c'est-à-dire à l'Etat en tant qu'il travaille au développement de la civilisation?

Gierke a bien compris la possibilité de l'objection. Mais, pour l'éviter, il aboutit à une doctrine, qui se rapproche singulièrement de la doctrine individualiste française. La théorie de Gierke est seulement exposée en une forme plus savante et plus abstraite. «Le droit, dit-il, n'embrasse par le tout de l'individu et de l'Etat; d'une part l'Etat est non seulement un *Rechtsstaat*, mais aussi un *Cultursstaat*, et il a de ce chef une activité propre. D'autre part l'individu a par lui-même, en tant

1. *Loc. cit.*, p. 179.

qu'il est un individu, une certaine sphère d'activité, et le droit vient précisément limiter et régler cette sphère d'activité de l'Etat (droit public) et de l'individu (droit privé). L'existence humaine ne se résout pas dans la vie de l'espèce, mais est en même temps un but pour elle-même ; nous devons reconnaître l'individu vis-à-vis de l'Etat comme une essence originaire, existant par soi, portant son but en elle-même[1]. » C'est la pure doctrine individualiste. Il y a une limitation à l'action de l'Etat, fondée sur le droit, mais cette limitation se trouve dans la sphère d'activité propre, reconnue *a priori* à l'individu, « essence orignaire existant par soi, portant son but en elle-même ». Ainsi la doctrine de Gierke, en dernière analyse, aboutit, ou à la création du droit par l'Etat, ou à la reconnaissance de droits individuels appartenant à l'homme comme tel. Elle repose en outre sur l'affirmation dogmatique de la personnalité de l'Etat, qui est toujours indémontrée.

Notre conception de la règle de droit reste donc intacte. Cette règle de conduite, contenue dans la conception de la solidarité sociale, est la règle de droit. Notre notion primaire du droit est celle d'une règle, s'imposant à l'homme, parce qu'il est individuel et social, et s'appliquant à toutes les manifestations externes des volontés individuelles, sans exception, c'est-à-dire quelles que soient ces manifestations, quels que soient les agents de ces volontés.

1. Gierke, *loc. cit.*, p. 182.

CHAPITRE III

L'ACTE JURIDIQUE

I. Pouvoir et devoir objectifs. — II. Caractères du pouvoir et du devoir objectifs. — III. L'acte juridique et la situation juridique subjective. — IV. Vrais caractères de la situation juridique subjective. — V. Applications pratiques. — VI. Acte juridique, condition d'un pouvoir objectif. — VII. Actes volontaires non juridiques et simples faits.

La règle de droit, telle que nous avons essayé d'en déterminer la notion, est une règle des actions volontaires. Elle est une loi des buts conscients. Elle se conçoit de ce simple fait que les hommes ont conscience de la solidarité qui les unit. Mais elle n'apparaît dans son application concrète que lorsqu'une manifestation extérieure de volonté se produit. Il faut donc examiner trois hypothèses : 1° aucune manifestation extérieure de volonté ne se produit ; 2° une volonté se traduit à l'extérieur, déterminée par un but conforme à la règle de droit ; 3° une volonté se traduit à l'extérieur, déterminée par un but non conforme à la règle de droit. On ne peut concevoir que ces trois hypothèses. Effectivement la règle de droit étant une loi des vouloirs, une loi de but, ne peut s'appliquer qu'à des volontés; or il n'y a d'autres volontés que les volontés individuelles des hommes. Les collectivités humaines n'ont point une volonté distincte de celle des individus qui les composent. Les hommes veulent la solidarité ; mais ils la veulent individuellement. Les volontés déterminées par un but collectif n'en sont pas moins

des volontés individuelles. Ces expressions de volonté collective, de volonté nationale, de volonté sociale sont de pures métaphores. La volonté de l'homme est même d'autant plus individuelle que l'homme est plus socialisé. Cela nous paraît avoir été établi dans les pages qui précèdent. L'application de la règle de droit suppose donc uniquement qu'un *individu veut* conformément à la loi juridique ou non.

Par le fait même de la solidarité sociale et par le fait que tout individu est soumis à la loi qu'implique cette solidarité, tout individu est dans la possibilité de vouloir une certaine chose et, quand il l'aura voulue, conformément à la règle de droit, de l'obtenir; il a, en vertu de la règle même, un *pouvoir de vouloir*, mais il n'a pas un *pouvoir d'obtenir*. Il n'aura le pouvoir d'obtenir que lorsqu'il aura voulu conformément à la règle de droit. Si en effet l'individu manifeste extérieurement sa volonté, ou bien cette manifestation est déterminée par un but conforme à la règle de droit, et alors naît forcément au profit d'une certaine personne le pouvoir d'obtenir la chose voulue; ou bien cette manifestation de volonté est déterminée par un but contraire à la règle de droit, alors naît au profit d'une certaine personne le pouvoir de vouloir une certaine réaction contre l'acte contraire à la règle de droit, antisolidaire, antisocial. Tant qu'aucune manifestation de volonté individuelle ne s'est produite, nous nous trouvons en présence uniquement de la règle de droit, et, si les volontés individuelles ont certains pouvoirs, on ne peut les qualifier que de pouvoirs *objectifs*, puisqu'ils dérivent directement de la règle objective. Quand au contraire un acte de volonté individuelle a eu lieu, une situation nouvelle peut être créée par cet acte de volonté individuelle. A cette situation seulement on peut donner le nom de situation *subjective*, parce qu'elle

naît de la volonté d'un sujet. Mais encore faut-il que cette volonté d'un sujet soit déterminée par un but conforme à la règle de droit. En quoi consiste cette situation subjective, née de la volonté d'un sujet, déterminée par un but conforme à la règle de droit? On va essayer de le préciser. Dès à présent on peut lui donner le nom de *situation juridique subjective* et appeler *acte juridique* tout acte de volonté individuelle, déterminé par un but conforme à la règle de droit.

Tout cela va, nous l'espérons, s'éclairer avec les développements qui suivent. Qu'on n'y voie pas un raisonnement scolastique. Nous espérons démontrer que les solutions auxquelles nous arrivons sont en tout conformes aux faits et aux besoins de nos sociétés contemporaines, et qu'elles ont l'avantage d'élargir les cadres étroits, dans lesquels les juristes veulent faire rentrer, comme dans un lit de Procuste, les rapports si complexes et si nombreux de la vie sociale moderne.

I

Dans la conception des droits naturels et individuels, l'homme est, par le fait même de sa naissance et de sa vie, investi de certains pouvoirs effectifs qu'on appelle des droits et que l'école qualifie de droits subjectifs. Ces droits se fixent, en vertu d'une force supérieure et transcendante, sur la tête de chaque individu, non pas parce qu'il vit en société, non pas parce qu'il est solidaire de ses semblables, mais en vertu de sa qualité d'homme. « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits[1]. » Ces droits sont naturels en ce sens

1. Déclaration des droits de 1789, art. 1. — Cf. Henry Michel, *l'Idée de l'Etat*, p. 77.

qu'ils sont antérieurs et supérieurs à toute société, que l'homme, conçu à l'état d'isolement absolu, sans aucune espèce de relation avec ses semblables, a eu et aura toujours ces droits. Ces droits ainsi compris, on peut les appeler subjectifs, parce qu'ils constituent des pouvoirs appartenant à un sujet à cause d'une qualité qui lui est propre, la qualité d'homme. De cette conception *a priori* de droits naturels individuels naît évidemment la notion d'une règle de conduite s'imposant à l'homme vivant en société; cette règle de conduite répond aux nécessités résultant des rapports sociaux; mais cette règle de droit se rattachant aux droits subjectifs et naturels de l'homme, aura seulement pour objet d'apporter une certaine limitation à l'exercice de ces droits, de limiter les droits de chacun dans la mesure où cela est nécessaire pour la protection des droits de tous. Cette règle ne peut imposer des obligations actives, mais seulement des abstentions : elle interdit de léser le droit d'autrui, mais elle n'ordonne pas de coopérer au droit d'autrui. De plus chacun reste titulaire de ses droits, lesquels ne dérivent pas de la situation dans laquelle les hommes se trouvent les uns à l'égard des autres, mais exclusivement de la qualité d'homme individuel, de « l'éminente dignité de la personne humaine[1] ». Il est bien évident que, dans une semblable doctrine, tout homme est titulaire de droits véritablement subjectifs, avant même qu'il ait fait un acte de volonté particulier. Ces droits constituent une qualité inhérente à l'homme. Ces droits ne résultent pas de ses relations avec les autres hommes. L'homme est, comme tel, avant tout acte de volonté particulier, titulaire de droits subjectifs. La liberté individuelle avec toutes ses conséquences, liberté d'aller et de

1. Henry Michel, *loc. cit.*, p. 646.

venir, liberté d'exprimer ses pensées par la parole ou par l'écriture, liberté de manifester ses croyances religieuses, la propriété, sont des qualités de l'homme, pris comme tel. Elles lui sont aussi inhérentes que telles propriétés à telles formes géométriques. Ces droits impliquent l'obligation correspondante, également subjective, pour tout homme, de les respecter. Droits subjectifs, obligations subjectives existent au profit ou à l'encontre de tout individu, avant même qu'il y ait eu un acte de volonté individuelle. Dans la doctrine individualiste, la situation juridique subjective ne dérive point d'un acte de volonté, mais simplement de la qualité d'homme, et sous l'empire d'une législation positive, de la qualité d'homme que reconnaît et que doit reconnaître la loi. A l'inverse, toute situation juridique subjective implique un sujet, support du droit et de l'obligation correspondante. Si donc les nécessités de la vie sociale font apparaître des situations juridiques subjectives auxquelles sont étrangers les hommes en tant qu'individus, il faudra coûte que coûte trouver les sujets — personnes de ces droits et de ces obligations. Alors on inventera les confuses et artificielles théories des personnes corporatives, collectives, des fondations que l'on voudra assimiler à l'homme individu. Quoi qu'il en soit de ce point, sur lequel on reviendra plus loin, la doctrine individualiste reconnaît à tout homme un *pouvoir d'obtenir* et un *devoir de supporter*, tenant à sa qualité d'homme, ayant pour support un sujet, existant avant tout acte de volonté individuelle, et d'où naît la règle de droit ou droit objectif.

Or cette doctrine des droits naturels individuels est fausse. On l'a souvent démontré. Elle est venue à son heure ; elle a rendu d'immenses services. Elle constitue par elle-même un fait historique d'une importance

considérable ; elle a été un facteur essentiel de l'évolution historique au XIX[e] siècle [1]. Nos Codes positifs, et encore le nouveau Code civil allemand, ont été rédigés sous l'influence de cette conception. Mais cette doctrine n'en est pas moins fausse et contraire aux besoins et aux aspirations des sociétés modernes. Elle est fausse en soi, parce qu'elle part d'une hypothèse indémontrée et indémontrable, l'homme naturel et isolé, parce qu'elle voit dans la société un fait secondaire et volontaire, quand la société est un fait primaire et spontané, parce qu'elle n'aperçoit qu'un seul élément de la nature humaine, l'élément individuel ; or l'homme est à la fois individuel et social, et ces deux caractères sont absolument inséparables et forment l'homme même. La doctrine individualiste est contraire aux aspirations et aux besoins modernes, parce que l'homme moderne a précisément la conscience claire de son double caractère individuel et social. La notion en a profondément pénétré les esprits ; et de la méconnaître, beaucoup de nos lois positives sont caduques et provoquent les conflits sociaux de l'époque actuelle.

Notre conception d'une règle de droit objectif est fondée au contraire sur ce double caractère de l'homme, à la fois être social et être individuel. Le seul fait directement saisissable est la solidarité sociale, laquelle implique en soi une règle objective, mais point un droit subjectif individuel. C'est un droit objectif qui est conçu par l'homme, parce qu'il a conscience de son individualité et de sa vie sociale. Mais cette règle ne fait naître par elle-même aucun rapport entre les hommes. De cette règle ne peut naître aucun droit subjectif, aucune obligation subjective, mais seulement

1. Cf. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 314 et suiv., 1900, qui montre bien l'importance du droit naturel comme fait historique et comme facteur du développement juridique.

un certain pouvoir, celui de vouloir une certaine chose avec certains effets. Par suite de cette règle, l'homme a un pouvoir de vouloir, mais non pas un pouvoir d'obtenir, et d'après l'expression allemande, dont Jellinek a fait grand usage, mais à notre sens une application parfois inexacte[1], l'homme, par l'effet de la règle de droit, a un *Wollendürfen*, mais il n'a pas une *Können*. Et dans une langue exacte, on ne peut pas qualifier ce pouvoir de vouloir, de droit subjectif. Appelons-le *pouvoir objectif*, en précisant bien le sens que nous voulons exprimer par ce terme.

Toute volonté individuelle consciente d'elle-même, quelle que soit la situation, dans la société, de l'individu support de cette volonté, que cet individu soit ou non détenteur d'une force organisée, qu'il soit en un mot gouvernant ou gouverné, a le pouvoir de vouloir *effectivement* un résultat conforme à la règle de droit. On verra plus loin comment se traduit ce résultat *effectif;* disons seulement pour le moment que ce résultat voulu aura une *réalité effective*, quand il est voulu conformément à la solidarité sociale. Ce n'est pas à proprement parler une conséquence de la règle objective. Les deux choses n'en font qu'une au fond. Toute volonté individuelle, voulant un effet conforme à la règle de droit veut *juridiquement;* et toute volonté individuelle a ainsi le pouvoir de vouloir juridiquement. Il ne peut y avoir de règle de conduite en général, et particulièrement de règle de droit, que s'il y a une conscience pour la concevoir et une volonté pour vouloir l'appliquer. La volonté qui veut la réalisation de la règle, c'est la règle s'appliquant à la volonté; la règle s'appliquant à la volonté, c'est la volonté qui

1. Jellinek, *System der subjektiven Rechte*, p. 40 et suiv. — Cf. *infra*, chap. VII, §§ 6 et 7.

veut la règle. Les faits sociaux n'ont de réalité qu'en tant qu'ils sont consciemment voulus. Par là le fait social se distingue du fait physique : c'est un fait de conscience et de volonté. Quand nous parlons de la règle de droit comme fait social, nous ne parlons en vérité que de la notion que s'en forme la conscience humaine et du mobile qu'y trouve la volonté humaine. Par suite, la règle de droit implique une intelligence, qui en a conscience, une volonté qui a le pouvoir d'en vouloir la réalisation. De même pour la solidarité sociale, qui se confond pour nous avec la règle de droit : elle ne vaut que par la conscience individuelle qui la saisit, et la volonté qui a le pouvoir d'y coopérer effectivement.

Toute volonté individuelle a donc le pouvoir de réaliser la règle, de produire un résultat effectif quand elle veut conformément à la règle, ou, ce qui est la même chose, à la solidarité sociale, et ce résultat effectif s'imposera socialement à tous les individus, comme la solidarité elle-même, puisque l'acte de volonté n'est qu'une coopération à cette solidarité ; et dans les sociétés où il y a une force consciente et organisée, c'est-à-dire un pouvoir politique, dans les sociétés étatiques, cet effet s'imposera aux détenteurs de la force, qui devront employer la force dont ils disposent à l'obtention du résultat voulu. Cet acte de volonté individuelle, déterminé par un but de solidarité sociale, produira cet effet, qu'il émane des forts ou des faibles, des gouvernants ou des gouvernés, et pour les mêmes raisons. Tous les individus grands et petits, forts et faibles, sont encadrés dans la solidarité sociale ; ils ne peuvent vouloir socialement que ce qui est conforme à cette solidarité ; mais ils peuvent vouloir effectivement tout ce qui y est conforme ; et cet acte de volonté produit un effet social, pour tous les individus, pour une seule et même raison :

sa détermination par un but de solidarité. La règle objective, par cela seul qu'elle existe, implique pour toutes volontés individuelles, et cela dans les mêmes termes et dans la même mesure, quels que soient les titulaires de ces volontés, un *pouvoir de vouloir un effet de droit*, un *pouvoir-vouloir*, un *Wollendürfen*.

A l'inverse, un *devoir de vouloir* s'impose à toute volonté individuelle; une volonté individuelle, quelle qu'elle soit, doit ne pas vouloir une chose qui serait contraire à la solidarité sociale, doit ne pas former une volition qui serait déterminée par un but non reconnu par la règle de droit. Tout individu a, en outre, le devoir de vouloir tout ce qu'il a la possibilité en fait de réaliser pour coopérer à la solidarité sociale. Ce devoir s'impose à tous dans les limites des aptitudes propres qui leur appartiennent. Ce devoir de vouloir la réalisation de la solidarité sociale et de tout acte de volonté conforme à cette solidarité s'impose à tous, et s'impose particulièrement aux détenteurs de la plus grande force dans une société, aux gouvernants. Il se traduit pour eux dans l'obligation d'employer la force dont ils disposent à la réalisation de la solidarité sociale et à l'obtention de l'effet voulu, par une volonté individuelle, conformément à la règle de droit. Nous ne disons pas que ce devoir soit en correspondance directe avec le pouvoir dont il est parlé plus haut. Nous disons seulement que, de même que toute volonté a le *pouvoir* de vouloir effectivement la solidarité sociale, toute volonté a le *devoir* de ne rien vouloir de contraire à la solidarité sociale, de vouloir cette solidarité, et de vouloir la réalisation effective de tout acte de volonté, déterminé par un but conforme à la règle de droit. Ce devoir a exactement les mêmes caractères que ce pouvoir. Il n'est pas fondé sur les qualités de l'être auquel il s'impose; il est l'application directe et immédiate de la règle de droit; il est encore la règle de droit elle-

même, s'appliquant aux volontés individuelles. Pouvoir et devoir sont l'un et l'autre la solidarité sociale elle-même, conçue et voulue, la règle de droit se reflétant dans la conscience et la volonté individuelles. Et, de même que la règle fondée sur la solidarité sociale n'est pas une règle morale[1], mais bien une règle de droit, de même ce pouvoir et ce devoir ne sont pas un pouvoir et un devoir moraux, mais un pouvoir et un devoir juridiques. Tout ce qui sera dit de ce pouvoir juridique sera vrai du devoir juridique.

Ce pouvoir de vouloir, appartenant à toute volonté consciente d'elle-même, doit-il être appelé un droit subjectif? Non. C'est un pouvoir juridique, et, si l'on veut le qualifier, il faut y joindre le terme d'*objectif :* c'est un *pouvoir juridique objectif*. La langue allemande a un mot, qui exprimerait tout à fait exactement notre conception de ce pouvoir objectif impliqué par la loi de solidarité, c'est le mot *Befugniss*. De même le devoir de vouloir n'est pas une obligation subjective, mais un *devoir juridique objectif*. Ce pouvoir et ce devoir en effet ne sont point dans notre doctrine des qualités inhérentes à l'individu pris comme sujet; mais ils sont impliqués l'un et l'autre par la règle objective elle-même. Ce pouvoir et ce devoir sont le fait de la solidarité lui-même. Dire que les hommes sont solidaires les uns des autres, c'est dire qu'ils sont soumis à une règle de conduite fondée sur cette solidarité, qu'ils ont des pouvoirs et des devoirs nés de cette solidarité. Ces pouvoirs et ces devoirs ne se rattachent donc pas au caractère propre du sujet, mais à la règle objective qui s'impose à ce sujet. Si l'individu peut vouloir effectivement certaines choses et doit vouloir certaines choses, ce n'est pas parce qu'il est un homme, c'est parce que cette

1. V. chap. II, §§ 3-5.

chose est conforme ou non à la loi de solidarité. Si, par exemple, un individu a le pouvoir d'aller et venir librement, d'exprimer ses pensées et ses croyances, d'affecter à son usage exclusif le produit de son travail, ce n'est pas parce qu'il est un homme, mais parce que cette volonté est conforme à la solidarité sociale, telle qu'elle est comprise à un moment donné. De même, si un gouvernant peut vouloir employer la force matérielle dont il dispose à l'obtention d'un certain résultat, ce n'est pas parce que, en sa qualité de gouvernant, il serait titulaire d'un certain pouvoir à lui propre; mais parce que le résultat, qu'il a en vue et qui détermine sa volonté, est conforme au droit objectif. Pour les gouvernants comme pour les particuliers, ce pouvoir de vouloir effectivement une certaine chose n'existe pas en raison de la qualité de celui qui veut, mais en raison de la chose voulue, ou plus exactement en raison du but qui détermine cette volonté. On ne peut donc qualifier ce pouvoir de droit subjectif, mais bien de pouvoir objectif, ce devoir d'obligation subjective, mais bien de devoir objectif[1].

II

Et qu'on ne dise pas qu'il y a là une simple question de mot. Si nous insistons sur cette terminologie, c'est précisément parce que les expressions employées impliquent dans notre esprit une conception tout à fait différente des idées généralement reçues. D'abord, de

1. Voyez une idée analogue, se rattachant cependant à d'autres considérations, dans Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, t. II, p. 51. L'auteur soutient que le simple *Dürfen* juridique n'est jamais un droit subjectif, et qu'il n'y a droit subjectif que lorsqu'il y a une action ou du moins un certain moyen de réalisation juridique.

ce que la règle de droit ne peut par elle-même donner aucun droit subjectif, de ce qu'elle implique seulement un pouvoir objectif de vouloir une certaine chose, il suit que la loi positive, qui n'est en principe que la simple constatation de la règle de droit, ne confère jamais de droit subjectif, que par suite toutes les discussions interminables sur les droits acquis dérivant de la loi sont simplement oiseuses, que la distinction ingénieuse imaginée par Jellinek entre les droits subjectifs publics et privés, entre les droits subjectifs et les reflexes du droit objectif est inadmissible[1]. Nous reviendrons sur ce point plus loin, en étudiant les caractères de la loi positive[2].

Mais d'autres conséquences importantes dérivent de notre point de vue. Si, avant tout acte spécial de volonté, il n'y a pas de droit subjectif, si la règle de droit n'implique pas l'existence de droits subjectifs, mais simplement d'un pouvoir objectif de vouloir, il en résulte que ce pouvoir de vouloir est caractérisé et limité par cette règle de droit elle-même : comme la règle de droit, ce pouvoir est général, ce pouvoir appartient à tous les individus. Le devoir objectif s'impose aussi à tous les individus. Ce pouvoir et ce devoir sont divers ; ils varient dans leur étendue avec chaque individu, suivant les aptitudes diverses de chacun. Il y a des différences de degré ; mais il n'y a pas de différence de nature et de principe. Comme la règle de droit elle-même, ce pouvoir objectif est fixe et changeant. Il est fixe par son fondement ; il repose sur la solidarité sociale et il y a toujours une solidarité sociale. Il subsiste toujours malgré son exercice répété. L'homme a ce pouvoir tant qu'il est social, c'est-à-dire tant qu'il est homme ; et les actes, qu'il fait en vertu

1. Jellinek, *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, p. 63, 1893.
2. V. *infra*, chap. VII, §§ 6 et 7.

de ce pouvoir, ne diminuent pas ce pouvoir, qui se renouvelle en quelque sorte continuellement et reste toujours vivant. L'individu ne peut point renoncer à ce pouvoir, parce qu'il ne peut toucher à la règle de droit, dont ce pouvoir émane directement. La question de la renonciation à de prétendus droits subjectifs, émanant directement de la règle de droit, ne se pose pas[1]. Demander si l'homme peut renoncer par un acte de sa volonté à ce pouvoir, contenu dans la règle de droit, ce serait demander s'il peut écarter l'application de la règle de droit; or il ne le peut certainement pas, puisque la règle est la solidarité sociale elle-même et que l'homme évidemment ne peut y porter atteinte : la règle est la loi même de la volonté humaine.

Mais la règle de droit, immuable dans son fondement, est essentiellement changeante dans ses applications[2], qui varient sans cesse, avec les temps et les pays, suivant les diverses formes que revêt la solidarité sociale. Partout les pouvoirs juridiques, impliqués par cette règle, varient aussi continuellement avec cette règle elle-même. On voit combien nous sommes loin de la conception, qui a inspiré les auteurs de nos Déclarations des droits, lesquels voulaient « exposer dans une déclaration solennelle les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme[3] ». Le pouvoir juridique est inaliénable sans doute, en ce sens qu'il échappe à la volonté de l'homme, parce que la volonté de l'homme est à la fois individuelle et sociale, c'est-à-dire limitée par des conditions de vie sociale et individuelle, qui sont inséparables les unes des autres. Ils sont naturels, si l'on veut dire par là qu'ils ne sont pas le résultat d'une concession faite par une

1. V. cependant Jellinek, *System der subjektiven Rechte*, p. 322 et suiv. Cf. *infra*, chap. VII, §§ 6 et 7.
2. V. *supra*, chap. II, § 2.
3. Déclaration des droits de 1789, Pr.

autorité supérieure, mais qu'ils sont naturellement impliqués par les conditions de la vie humaine, à la fois sociale et individuelle. Ils sont sacrés en ce sens que le législateur positif ne peut modifier l'étendue et la portée de ces pouvoirs, telles qu'elles résultent de l'état social, existant à un moment et dans un pays donnés. Mais ces pouvoirs ne sont ni naturels, ni inaliénables, ni sacrés, si on veut dire par là, comme c'était la pensée des constituants de 1789, que ces pouvoirs juridiques sont absolument les mêmes pour tous les hommes, dans tous les temps, dans tous les lieux. Au contraire, ces pouvoirs juridiques sont essentiellement et continuellement changeants. Et si le rôle du législateur positif consiste avant tout à constater la règle de droit, il peut et il doit modifier l'étendue et la portée de ces pouvoirs, en suivant, en constatant et en consacrant les transformations incessantes de la règle de droit. Une législation positive peut et doit continuellement et indéfiniment se transformer, pour s'adapter aussi exactement que possible à l'évolution constante de la solidarité sociale. Personne par conséquent ne peut se plaindre, quand de cette transformation résulte une transformation correspondante des pouvoirs juridiques. Ceux qui bénéficiaient de ces pouvoirs, tels qu'ils étaient compris et reconnus, n'ont rien à dire : on ne leur enlève point, on ne restreint point de prétendus droits subjectifs, qui auraient été les leurs ; on ne modifie même pas la règle de droit ; elle se modifie elle-même, sous l'empire des transformations sociales ; on essaie simplement de mettre d'accord la loi positive avec la règle de droit ; et personne n'a rien à dire. Par exemple, dans la conception moderne des pays civilisés, on considère que l'affectation exclusive à un individu déterminé d'une certaine richesse est de nature à développer l'activité

individuelle, et par conséquent à accroître la solidarité sociale par division du travail, puisque la solidarité sociale par division du travail repose elle-même sur le libre développement des activités individuelles[1]. En vertu de cette idée, tout individu a le pouvoir objectif de vouloir *effectivement* affecter exclusivement à un individu une certaine quantité de richesse, ou, en d'autres termes, a le pouvoir de créer, par un acte de volonté, de la propriété individuelle, et particulièrement de devenir lui-même propriétaire. Il a le pouvoir de faire un tel acte de volonté, parce que cet acte de volonté est déterminé par un but de solidarité sociale, (solidarité par division du travail), telle qu'elle est comprise à notre époque. Ce pouvoir, appartenant à la volonté individuelle, de créer de la propriété est-il un droit subjectif de l'individu ? Non ? C'est un pouvoir objectif des volontés individuelles, un pouvoir objectif qu'implique la règle sociale telle qu'elle est comprise à une certaine époque. Mais cette règle sociale peut se modifier, ce pouvoir se modifiera aussi ; cette règle sociale peut disparaître, ce pouvoir disparaîtra. Personne ne peut se plaindre et dire qu'on porte atteinte à de prétendus droits individuels, qui n'existent pas. C'est la règle objective qui change parce que les éléments de la solidarité sociale se modifient ; ce n'est point un droit inhérent à un individu qui est supprimé ou restreint.

Qu'on remarque dès à présent combien cette conception du pouvoir objectif est souple et répond aux nécessités pratiques. Nous disons : tout individu qui veut affecter exclusivement à un individu déterminé une part de richesse veut, conformément à la règle de droit, et par conséquent son acte de volonté doit pro-

1 V. *supra*, chap. I, § 3.

duire un résultat effectif; il n'y a pas là l'exercice d'un droit subjectif, mais d'un pouvoir objectif. Par conséquent cet acte de volonté, exercice d'un pouvoir objectif, produit le résultat voulu, soit que l'affectation de richesse soit voulue pour l'auteur de l'acte de volonté, soit pour une autre personne. La fiction de la représentation est inutile, cette fiction, que les jurisconsultes romains, avec juste raison, ont eu tant de peine à admettre. Quand je veux devenir propriétaire, ou quand je veux qu'un autre devienne propriétaire, je fais un acte de volonté, exactement du même ordre; je n'exerce pas plus un droit subjectif dans un cas que dans l'autre; je veux, dans les limites de mon pouvoir de vouloir, une affectation exclusive de richesse au profit d'un individu ; je n'exerce pas plus le droit d'un prétendu représenté que le mien propre; je veux dans les deux cas ce que j'ai le pouvoir de vouloir, parce que je veux conformément à la solidarité sociale, et ma volonté produit un certain effet pour cette raison, et seulement pour certaine raison.

Ce n'est pas tout. En disant que le pouvoir, impliqué par la règle de droit, est simplement un pouvoir objectif de vouloir, nous arrivons à d'autres conséquences extrêmement importantes. Ce pouvoir n'est pas une qualité inhérente à un sujet; il est la règle de droit, en tant qu'elle s'applique aux volontés. Une règle de conduite ne peut s'appliquer qu'à des volontés. Or, comme il n'y a de volontés que les volontés individuelles, ce pouvoir ne peut appartenir qu'à des individus. Par conséquent la question de savoir si les collectivités peuvent être titulaires de droits résultant de la règle de droit ne se pose pas, puisqu'il ne naît pas de droits subjectifs de la règle de droit. Il n'y a donc pas à rechercher qui peut être sujet de droits subjectifs, qui n'existent pas; il n'y a pas à recher-

cher si les collectivités, comme les individus, peuvent être titulaires de ces prétendus droits subjectifs. Cette règle de droit impose de vouloir certaines choses, défend de vouloir certaines choses; elle implique donc un pouvoir et un devoir des volontés. On ne peut concevoir une règle qu'en tant qu'elle s'applique à des volontés; une règle, qui s'appliquerait à des non-volontés, cesserait par là même d'être une règle. Une règle dit d'agir ou de s'abstenir; elle ne peut s'adresser qu'à des êtres capables d'agir ou de s'abstenir, c'est-à-dire pouvant vouloir. Si on part, comme dans la doctrine individualiste, du droit subjectif, conçu comme qualité d'un sujet, si la règle de droit dérive du droit subjectif et ne peut s'appliquer qu'à des sujets déjà titulaires de droits, évidemment la question de savoir si les collectivités peuvent être des sujets de droits se pose. Mais si, comme nous, on part du droit, conçu comme règle de conduite, cette règle de conduite ne peut s'appliquer qu'à des individus, car, encore une fois, il n'y a de volontés que les volontés individuelles; le pouvoir objectif ne peut donc appartenir qu'à des volontés individuelles. De pouvoir objectif appartenant à des collectivités personnifiées, il n'y en a pas, il ne peut pas y en avoir, parce que ces collectivités ne sont pas des volontés.

Sans doute un auteur très ingénieux [1] a tenté d'établir, par une très savante démonstration, qu'il y avait une volonté des collectivités, existant réellement distincte des volontés individuelles. Les volontés individuelles ainsi groupées auraient en elles un principe d'unité qui serait la communauté du but; leur réunion serait donc un tout organique distinct des parties qui le composent

1. Zitelmann, *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, p. 62 et suiv. — Cf. Meurer, *Begriff und Eingenthümer der heilgen Sachen*, p. 84 et suiv.

et qui aurait la qualité commune à chacune d'elles et serait comme elles une volonté. M. Michoud a victorieusement réfuté cette doctrine hardie, en faisant notamment très judicieusement remarquer que le prétendu principe, en vertu duquel la qualité commune aux parties se retrouve nécessairement dans le tout, n'est point démontré et conduirait souvent aux plus singulières conséquences[1].

Nous touchons au point capital de ces développements. Nous voulons surtout en effet protester contre une idée, dont sont imprégnés tous nos Codes modernes et la plupart des théories juridiques, l'idée de la *subjectivité apriori* du droit, idée en vertu de laquelle, même dans les doctrines qui combattent la théorie individualiste, on parle toujours de la *sphère juridique d'un sujet*[2], on cherche partout un sujet de droit, on ne voit dans la règle de droit, positivement consacrée ou non, qu'une limitation ou une extension de cette sphère juridique. De l'observation de la nature humaine, des faits sociaux, on ne peut déduire que la notion d'une règle de conduite, et point la notion d'une certaine qualité, d'une certaine sphère juridique appartenant à des sujets. Cette règle de conduite ne peut s'appliquer qu'à des volontés; il en résulte seulement un certain pouvoir pour les volontés, et, comme il n'est pas sérieusement contestable qu'il n'y ait que des volontés individuelles, il en résulte un certain pouvoir pour les volontés individuelles; mais

1. Michoud, *la Notion de personnalité morale*, dans *Revue du droit public*, 1899, t. I, p. 199 et suiv. — Cf. Bernatzik, *Kritische Studien über den Begriff er juristischen Person*, dans *Archiv für das öffentliches Recht*, t. V, p. 193 et suiv. — Il est bien entendu que nous sommes loin d'admettre toutes les propositions formulées par MM. Michoud et Bernatzik.

2. V. notamment Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 237; — Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 488. C'est ce qui fait dire très justement à Hoenel (*Studien Staatsrechts*, t. II, p. 206, 1888) qu'il y a chez Jellinek et Laband « den traditionellen Rest des alten Naturrechts ».

ce pouvoir n'est pas un droit, ne constitue pas une sphère juridique; il est la règle elle-même. Ecartons donc toutes ces longues et fastidieuses controverses sur le point de savoir si les collectivités sont des sujets de droits, peuvent être titulaires des droits subjectifs résultant de la règle de droit, constatée ou non positivement. La question ne se pose pas pour nous, puisqu'il ne résulte pas de droits subjectifs de la règle de droit et non plus de la loi positive, qui la constate. A ce point de vue, même la question de la personnalité de l'Etat ne se pose pas. Les théories métaphysiques de l'Etat, qui, sous l'influence de Rousseau, ont une si grande vogue en France et en Allemagne, allèguent constamment la volonté nationale. Mais il n'y a là qu'une expression métaphorique; additionnez des millions de volontés individuelles les unes aux autres, alors même que ces volontés individuelles veuillent la même chose, déterminées par un même but, mettons un même but d'intérêt collectif, vous n'aurez toujours que des volontés individuelles. Qu'on ne nous parle donc pas de droits subjectifs appartenant à l'Etat en vertu de la règle de droit, qu'on n'oppose pas, comme Gierke[1], un ensemble de droits subjectifs appartenant à l'Etat et un ensemble de droits subjectifs appartenant à l'individu, le droit objectif assurant la combinaison et la limitation respective de ces deux sphères de droits subjectifs. Ce sont là fictions pures. De la règle de droit, il ne résulte, il ne peut résulter qu'une chose, un pouvoir pour les volontés individuelles conscientes d'elles-mêmes de vouloir effectivement quelque chose : et un devoir de ne pas vouloir certaines choses. On essaiera de montrer au paragraphe suivant que cette conception rend compte facilement des faits juridiques et s'adapte

1 Gierke, *loc. cit.*, p. 181.

admirablement à tous les besoins pratiques de nos sociétés modernes. Ajoutons que, particulièrement en ce qui concerne l'Etat, nous ne pouvons pas apercevoir le droit subjectif dérivant de la règle de droit et appartenant à l'Etat parce qu'il serait l'Etat, la société personnifiée. L'Etat lui-même ne peut pas vouloir, et les défenseurs les plus convaincus de la personnalité de l'Etat déclarent que l'Etat veut par ses organes, par ses gouvernants. Sans doute Gierke[1] et toute l'école à sa suite s'attachent à montrer la différence qui existe entre le représentant et l'organe. Mais on ne peut nier que les organes de l'Etat ne soient constitués par des individus qui seuls pensent et veulent, et que la seule réalité saisissable est cette pensée et cette volonté des individus constituant les organes de l'Etat. Jellinek, on l'a déjà fait observer, est bien obligé de le reconnaître quand il écrit : « Derrière le représentant, il y a le représenté ; derrière l'organe, il n'y a rien[2]. » S'il n'y a rien derrière l'organe, c'est que la seule réalité est l'individu qui constitue cet organe. Nous n'avons pas besoin de la personnalité de l'Etat pour servir de support, de sujet aux prétendus droits subjectifs qui appartiendraient à l'Etat en sa qualité d'Etat. Il n'y en a pas. Il n'y a, en vertu de la règle de droit, que des pouvoirs de vouloir certaines choses, en raison des buts qui déterminent cette volonté. Ces pouvoirs appartiennent aux volontés individuelles des gouvernants, comme à celles des gouvernés ; si les gouvernants peuvent vouloir effectivement quelque chose, ce n'est pas en leur qualité de gouvernants, c'est à la condition que ce qu'ils veulent soit conforme à la solidarité sociale. Ils peuvent, comme tout individu,

1. Gierke, *Genossenschaftstheorie*, p. 623 et suiv., 1887.
2. Jellinek, *System der subjektiven Rechte*, p. 29. Rap. Id., *Allgemeine Staatslehre*, p. 513, 1900.

vouloir effectivement coopérer à la solidarité sociale, ils ne peuvent que cela : pouvoir juridique objectif et non droit subjectif.

Enfin ce pouvoir des volontés individuelles, impliqué par la règle de droit, n'étant point un droit subjectif ne peut être construit d'après la notion courante du droit subjectif. Le droit subjectif est conçu couramment comme un rapport entre deux sujets, idée qu'on exprime souvent par l'expression de *lien de droit*, *vinculum juris ;* tout droit, dit-on, implique un sujet actif, titulaire du pouvoir, un sujet passif contre lequel s'exerce ce pouvoir. Dès lors cette notion devrait s'appliquer aux prétendus droits subjectifs, résultant de la règle de droit, constatée positivement ou non. De là sont nées des difficultés insurmontables pour découvrir le sujet passif, comme d'ailleurs le sujet actif. Pour découvrir le sujet actif, on a eu recours à la fiction des personnes collectives. Pour découvrir le sujet passif, on a fait de même ; et considérant l'individu comme sujet actif de certains droits, on a dit que le sujet passif était l'Etat personnifié. Par exemple, si l'individu a le droit de liberté individuelle, le droit de liberté politique, le droit de devenir propriétaire, le sujet passif de ces droits sera l'Etat ; et, d'une manière générale, l'Etat est le sujet passif de tous les prétendus droits subjectifs publics de l'individu [1]. S'il n'y a pas de droits subjectifs résultant de la règle de droit, écrite ou non, il n'y a point à chercher le sujet passif, pas plus qu'il n'y a à chercher le sujet actif. Pour ce qu'on appelle la liberté individuelle, la liberté politique, le droit de devenir propriétaire et généralement les droits publics, les droits civiques, et même les droits civils dérivant de la loi, il n'y a point de sujet passif pour

1. Jellinek, *System der subjektiven Rechte*, p. 12 et suiv., p. 76 et suiv.

cette bonne raison que ce ne sont pas là des droits subjectifs, mais seulement un certain pouvoir pour les volontés individuelles de vouloir effectivement certaines choses. Quel est ce résultat efficacement voulu par une volonté individuelle ? Cela apparaîtra au paragraphe suivant quand on étudiera l'acte juridique en lui-même.

Cependant on ne peut passer sous silence une objection présentée dans les termes suivants : « Il est faux que le droit ne considère en l'homme que la volonté ; ce qu'il a en vue, c'est bien l'homme tout entier, avec ses besoins, ses aspirations, ses désirs, avec son corps et son âme ; le droit n'est pas fait pour une entité abstraite et métaphysique, il est fait pour l'homme réel[1]. » M. Michoud, l'auteur de ces lignes, a absolument raison. Personne plus que nous n'est convaincu que le droit n'est pas fait pour une entité métaphysique, mais pour l'homme réel tout entier. Il n'en est pas moins vrai que le droit n'est pas autre chose que la règle régissant les actions des hommes vivant en société : définition assez large pour être acceptée par toutes les écoles et que M. Michoud ne repousse certainement pas. Nous parlons bien entendu du droit objectif, le seul certainement qu'avait en vue notre savant collègue en écrivant les lignes précitées. Or les tendances, les aspirations, les besoins de l'homme n'intéressent la société et n'intéressent le juriste et le sociologue que lorsqu'ils se manifestent au dehors : cette manifestation extérieure est précisément un acte de volonté. Nous ne disons point que seules les volontés peuvent être sujets de droits, nous disons encore moins que les volitions[2], c'est-à-dire les actes particuliers de volonté constituent

1. Michoud, *la Notion de personnalité morale*, dans *Revue du droit public*, 1899, t. I, p. 201.
2. Michoud, *loc. cit.*, p. 202.

des sujets de droits, mais simplement que la règle de droit, seule conception juridique à laquelle on puisse arriver par l'observation, sans le secours d'un postulat, est la *norme* des actions humaines, et que, par conséquent, elle ne peut s'appliquer qu'à des volontés; qu'on n'a pas encore démontré, qu'on ne peut pas démontrer (M. Michoud le reconnaît bien) qu'il y ait d'autres volontés dans le monde que les volontés individuelles, que par conséquent cette norme implique seulement un pouvoir des volontés individuelles, que nous appelons pouvoir juridique objectif. Hors de là tout n'est que fiction et hypothèse.

Ainsi, règle de conduite objective, pouvoir objectif appartenant aux volontés individuelles, devoir objectif incombant aux volontés individuelles, voilà tout le domaine du droit objectif. Tout cela se conçoit sans l'idée d'un sujet de droit, actif ou passif, mais seulement par l'idée d'une règle, qui naît d'un fait, dont l'homme a conscience, la solidarité sociale, qui s'impose à ces volontés, les volontés individuelles, qui implique que les individus ont certains *vouloirs juridiquement possibles* en raison du résultat voulu, ou plus exactement en raison du but déterminant. On peut désigner par l'expression courante d'*état* d'une personne l'ensemble de ces vouloirs juridiquement possibles.

III

Toute volonté individuelle a le pouvoir de vouloir effectivement une certaine chose quand son acte de volonté est déterminé par un but de solidarité sociale, c'est-à-dire un but conforme à la règle de droit. Cet acte de volonté est l'acte juridique, que Ihering définit

justement : « La forme en laquelle la volonté subjective, dans l'intérieur des limites à elle données par le droit objectif, exerce son activité créatrice du droit[1]. » Bien que nous n'admettions pas toutes les conceptions juridiques de Ihering[2], cette définition, prise en elle-même, cadre bien avec notre développement. Tout acte de volonté individuelle, déterminé par un but conforme à la règle de droit, peut être qualifié acte juridique, et l'effet qu'il produit effet juridique. Nous appellerons cet effet *situation juridique subjective*, parce qu'il est créé par une volonté particulière. Il ne s'agit plus ici d'un pouvoir impliqué par l'existence d'une règle de conduite objective, mais d'une situation spéciale créée par un acte de volonté individuelle déterminé. Cette expression *situation subjective* a sur l'expression droit subjectif, habituellement employée, l'avantage d'écarter la notion de rapport entre deux sujets, dont on a souvent abusé, et qui n'est pas exacte. La situation juridique subjective peut en effet être un rapport, mais n'est pas toujours un rapport. En quoi consiste donc cette situation juridique subjective? Nous répondons : c'est une situation créée par une volonté individuelle consciente d'elle-même, conformément à la règle de droit, et contribuant à l'accroissement de la solidarité sociale, ayant comme telle une valeur sociale, et garantie par la force matérielle dans les sociétés où il y a une force organisée, un gouvernement, c'est-à-dire dans les sociétés étatiques. Expliquons-nous.

Si nous supposons encore pour la clarté de l'exposition une société à l'état de repos absolu, c'est-à-dire une société où par hypothèse aucun individu ne manifeste extérieurement une volonté, nous sommes exclu-

1. Ihering, *Geist des römischen Rechts*, t. III, § 53, 3e édit. allemande, p. 132.
2. Cf. *supra*, chap. II, § 4.

sivement dans le domaine du droit objectif. Nous concevons une règle de conduite, dont les individus ont conscience, des volontés *pouvant* vouloir certaines choses, pouvant vouloir juridiquement un résultat conforme à cette règle. Nous concevons un pouvoir objectif des volontés individuelles, rien de plus. Mais imaginons qu'une volonté individuelle se manifeste extérieurement. Le résultat voulu par cette volonté individuelle s'impose, est une situation juridique subjective, quand la manifestation de cette volonté est déterminée par un but conforme au droit objectif, et toute force employée alors pour sa réalisation est légitime; toute force consciente, toute force organisée, la force monopolisée s'il y a un pouvoir politique constitué, doit être employée pour la réalisation du résultat voulu. Si, au contraire, la manifestation de volonté n'est pas déterminée par un but conforme à la règle de droit, elle est sans effet, elle est sans valeur sociale; aucune force ne peut, ne doit être employée pour servir à la réaliser; au contraire, la force peut et doit être employée pour en réparer les effets, pour en éviter le retour; suivant l'expression allemande, la manifestation de volonté est alors *juridiquement irrelevante*.

Mais quel peut être cet effet voulu? Comment nous apparaît-il? Cet acte juridique crée une situation juridique subjective, qui se traduit en un *pouvoir* et en un *devoir;* mais ceux-ci seront tout à fait différents du pouvoir et du devoir *objectifs* que nous avons constatés précédemment. On peut concevoir deux catégories de vouloirs d'une volonté individuelle : 1° une volonté individuelle veut un certain agissement (acte ou abstention) d'une autre volonté individuelle; 2° une volonté individuelle veut qu'une chose reçoive une certaine affectation. En réalité ces deux catégories de vouloirs n'en font qu'une seule, car vouloir qu'une chose reçoive

une certaine affectation, c'est vouloir que certaines personnes ou aucune personne ne fassent un acte quelconque, de nature à empêcher que la chose ne reçoive pleinement et entièrement l'affectation voulue. Donc toute manifestation d'une volonté individuelle se ramène à ceci : Un individu veut un certain agissement (acte ou abstention) d'un autre individu, ou même un individu veut une certaine volition de la part d'une autre ou de plusieurs autres volontés individuelles.

A quoi reconnaissons-nous qu'un vouloir est un vouloir juridique, c'est-à-dire sanctionné par le droit et, partant, par la force étatique dans toute société politique? Nous avons déjà répondu : Le caractère juridique du vouloir se reconnaît à ce qu'il a un but de solidarité, à ce que la manifestation de volonté est déterminée par un but conforme à la règle de droit. Telle est la vraie formule, plus exacte que celle-ci : Le vouloir est juridique, quand son objet est la solidarité sociale, formule cependant qui peut être employée par abréviation, à la condition de bien préciser le sens qu'on entend lui attribuer. Dans une langue exacte, en effet, on doit nettement distinguer l'*objet* et le *but* d'un acte de volonté. Le but du vouloir correspond au processus interne de la volonté; l'objet correspond au processus externe de cette même volonté. Le but est un résultat à obtenir, qui est conçu par la conscience de l'individu qui veut et qui veut en vue de l'obtention de ce résultat. L'objet de la volonté est l'action externe, qui sera accomplie par l'individu qui veut à la suite de la volition interne. L'objet est un simple fait : c'est l'action proprement dite. La volonté veut l'action (c'est son objet) en vue du but qu'elle poursuit. Et, pour prendre l'exemple très simple de Ihering : Je veux boire pour apaiser ma soif; l'objet de la volition est le fait de boire ; le but, apaiser la soif. Ce seul exemple

montre qu'un acte de volonté ne peut s'apprécier que par son but et non par son objet; car cette volonté de boire présentera les caractères les plus différents, suivant le but qui la détermine[1].

Ihering[2] a parfaitement montré la différence entre la cause d'un fait physique et le but d'un acte volontaire. De même qu'un phénomène physique ne se conçoit pas sans cause, de même un acte de volonté ne se conçoit pas sans but, sans motif déterminant. Il n'y a point d'ailleurs à rechercher si le motif détermine forcément la volonté ou si la volonté peut choisir entre les motifs; c'est la question métaphysique du libre arbitre, qui est sans solution possible et sans intérêt scientifique. Quoi qu'il en soit, pour déterminer la valeur juridique d'un acte de volonté, il ne faut point examiner l'objet de cette volonté, mais seulement le but conscient qui a déterminé cette volonté. C'est le but uniquement qui fait d'un acte de volonté ce qu'il est. S'il n'y a pas de but conscient, il n'y a pas de volonté, et il n'y a de volonté que dans la mesure du but et suivant ce but. Sans doute, il ne faut pas exagérer cette idée; en tout il y a une mesure, et, dans les rapports sociaux si variables et si complexes, rien n'est absolu. On a parfois étrangement abusé de notre proposition très juste en elle-même; on en a tiré la maxime célèbre : La fin justifie les moyens, qui a servi à justifier dans tous les temps tant d'actes tyranniques et tant d'actions mauvaises. Mais c'est la déformation et non l'application de notre principe. Scientifiquement et socialement, la valeur d'un acte de volonté ne peut se déterminer que par son but, et non par son objet. Tout acte de volonté est un acte psy-

1. Ihering, *Der Zweck im Recht*, t. I, p. 1-25, 1877, a merveilleusement décrit cette distinction.
2. *Loc. cit.*, p. 9 et suiv.

chique qui ne peut être apprécié que par son processus interne; or l'objet répond au processus externe; il est donc indifférent pour l'appréciation de la valeur de cette volonté. A l'appui de cela, on peut citer deux exemples très simples. La règle de droit défend le meurtre. Le bourreau qui veut exécuter un condamné a-t-il une volonté juridiquement valable? Non, si on apprécie cet acte de volonté par son objet : le fait d'enlever la vie à un homme, fait prohibé par la règle de droit; oui, si on considère le but qui le détermine, car le but est ici l'exécution d'une sentence judiciaire, et ce but est, par hypothèse, conforme et à la solidarité sociale et à la règle de droit. L'individu, qui en état de légitime défense veut tuer son assaillant, veut une chose contraire à la règle de droit; mais cet acte de volonté est déterminé par un but conforme à la règle de droit, au pouvoir et au devoir de chacun de protéger sa propre existence. Il est inutile d'insister davantage; cela suffit pour établir la différence entre l'objet et le but d'une volition, et pour montrer que la valeur juridique d'un acte de volonté individuelle doit s'apprécier uniquement d'après le but conscient qui le détermine. Au point de vue général, on ne peut aller plus loin. Il y aura pour chaque cas une analyse à faire du but qui détermine la volition. L'idée du but est féconde. Mais il importe aussi de ne pas en exagérer les conséquences. Nous essaierons plus loin de les préciser.

Si l'acte de volonté individuelle n'est pas déterminé par un but de solidarité sociale, il est sans valeur juridique; la force organisée et consciente n'est pas à son service, et suivant les cas, ou bien elle doit intervenir simplement pour empêcher qu'on ne puisse s'en prévaloir, ou bien pour le réprimer et en empêcher le retour. Si le but est au contraire un but social, c'est-

à-dire un but tendant à réaliser la solidarité par similitudes ou la solidarité par division du travail, l'acte de volonté est un acte juridique; il s'impose au respect de tous et la force consciente, organisée et monopolisée, s'il y en a une, doit intervenir pour assurer la réalisation de l'effet voulu, conformément à ce but.

Mais se présentent diverses objections, qu'il importe d'écarter. D'abord, ne peut-on pas nous dire : Vous êtes parti de l'individualisme absolu, vous avez affirmé qu'il n'y a de réalité que les individus, que les consciences individuelles ; l'homme par conséquent ne peut-être conçu que déterminé par des buts individuels ; l'homme ne se déterminera jamais par des buts sociaux ; jamais un acte de volonté individuelle ne pourra avoir le caractère exigé pour qu'il soit un acte juridique. On ajoute : L'égoïsme est le fond de la nature humaine telle que vous l'avez décrite; cette aspiration continue vers un moindre mal est la poursuite d'un but égoïste, exclusivement égoïste ; et, si tel est le but général de toutes les actions humaines, il n'y a pas d'acte de volonté qui ne soit déterminé par un but égoïste ; il n'y a jamais d'acte de volonté déterminé par un but social. Ne pourrait-on pas dire encore, et l'objection serait au fond toujours la même : Les détenteurs de la force matérielle surtout ne poursuivront qu'un but : employer cette force matérielle dans leur intérêt propre ; dans la doctrine de la personnalité de l'Etat, il y a en quelque sorte un égoïsme collectif, qui est le but déterminant des actions accomplies par les gouvernants; mais, si l'on nie cette personnalité collective, il ne reste que des individus plus forts que les autres, qui ne se détermineront eux aussi que par des buts individuels, et on ne peut concevoir, de la part des gouvernants, des actes de volonté déterminés par des buts sociaux ; non seulement les particuliers, mais encore les gouvernants

ne feront jamais d'actes juridiques, parce que leur volonté se déterminera toujours par un but individuel, puisqu'il n'y a que des individus.

La réponse est aisée. D'abord il n'est pas vrai que l'égoïsme règne seul dans le monde; et, à côté du sentiment égoïste, on a souvent montré le développement du sentiment altruiste sous des influences diverses et particulièrement sous l'action de l'éducation. Mais la réponse n'est pas là. Nous n'admettons que difficilement cette opposition de l'altruisme et de l'égoïsme, si souvent mise en avant par les sociologues. Les deux sentiments ne se combattent pas; au contraire, ils se combinent et sont en quelque sorte complémentaires l'un de l'autre. Écartons d'ailleurs ces expressions d'égoïsme et d'altruisme qui prêtent à de perpétuelles confusions, et disons sentiment individuel et sentiment social, but individuel et but social. Or nous avons essayé d'établir précédemment que le sentiment individuel proprement dit était toujours un sentiment social, que par suite l'intérêt individuel bien compris était toujours un intérêt social, et que par conséquent un but proprement individuel était en même temps un but social[1]. Par exemple quiconque veut obtenir la satisfaction des besoins qu'il a en commun avec tous les membres de la société est sans doute déterminé par un but individuel; mais ce but est en même temps un but essentiellement social et conforme à la règle de droit, puisqu'il répond à la solidarité sociale par similitudes; et en précisant, celui qui, voulant assurer son existence, veut que l'Etat lui fournisse assistance, est déterminé dans sa volition par un but individuel et social, individuel puisqu'il veut conserver son existence propre, social puisqu'il coopère à la solidarité par similitudes, car si,

1. Cf. particulièrement *supra*, chap. I, §§ 3 et 4.

faute d'assistance, il meurt ou il souffre, cette mort ou cette souffrance auront une réaction sur tous les autres membres de la société. D'autre part tout individu, qui a un vouloir déterminé par le but de développer ses aptitudes propres sous toutes les formes, ses facultés intellectuelles, physiques ou économiques, poursuit sans doute un but individuel; mais ce but est en même temps social, car en voulant développer ses aptitudes propres il coopère à la solidarité par division du travail, puisque la solidarité par division du travail croît en raison directe des aptitudes de chacun; le but est encore ici individuel et social. A l'inverse, si j'empêche, en vue de mon profit immédiat, un individu d'obtenir la satisfaction des besoins communs à tous, si je porte atteinte à l'activité d'un autre, le but, qui détermine ma volonté, n'est pas assurément un but social, mais il n'est pas non plus individuel; il peut être un but égoïste, il n'est pas un but individuel. En effet quelque profit immédiat que je paraisse retirer de cet acte, en réalité j'ai agi contre mon propre intérêt, j'ai diminué mon individualité, car j'ai porté atteinte à la solidarité sociale par similitudes, et mon individualité étant fonction de la solidarité sociale, en diminuant la solidarité sociale, j'ai diminué ma propre individualité.

Pour les gouvernants, le raisonnement est le même. Ils sont les détenteurs de la force; ils monopolisent dans la société les moyens de contrainte[1]; mais ils sont des individus comme les autres, ils sont pris comme tous les hommes dans les liens de la solidarité sociale. S'ils n'emploient pas la force physique ou économique, dont ils disposent, à la satisfaction des besoins communs, si, dans un but égoïste, ils n'organisent pas l'assistance des infirmes, des malades ou des vieillards sans ressources, ils portent atteinte à la solidarité par

1. Cf. *infra*, chap. v.

similitudes; ils agissent dans un but non social, mais aussi non individuel, car ils diminuent en agissant ainsi leur propre individualité. De même si les gouvernants n'emploient pas la force dont ils disposent à assurer à tous le libre développement de leur activité, s'ils travaillent dans un but égoïste à accroître leur propre force au détriment des particuliers, ils travaillent contre la solidarité sociale qui les encadre; ils travaillent ainsi contre eux-mêmes; ils se diminuent eux-mêmes. Il n'y a assurément dans le monde que des buts individuels, comme il n'y a que des consciences et des volontés individuelles; il n'y a même, si l'on veut, que des intérêts individuels; mais tout but individuel, tout intérêt individuel bien compris, est en même temps un but social, un intérêt social. S'ils ne l'étaient pas, ils ne seraient pas individuels; car ils tendraient à diminuer l'individualité et non à l'accroître.

Tel est le mérite de toutes les doctrines fondées sur l'idée de solidarité sociale bien comprise : elles ne placent pas l'individu en face d'une opposition continuelle entre son intérêt personnel et l'intérêt d'autrui; elles ne demandent pas à l'individu de vaincre ses aspirations égoïstes pour secourir ses semblables. Pratiquement le principe de solidarité est supérieur à la loi de charité, qui peut être une doctrine morale très élevée et très pure, mais qui, pour devenir pratique, est obligée d'invoquer l'espoir d'une récompense supra-terrestre et est impuissante à fonder le droit humain. La doctrine de la solidarité échappe aussi au reproche souvent fait justement aux théories de certains sociologues, qui opposent continuellement le sentiment égoïste et le sentiment altruiste et n'expliquent point comment, à un moment donné, l'altruisme l'emporte sur l'égoïsme[1].

1. Cf. Herbert Spencer, *les Bases de la morale évolutionniste*, p. 161 et suiv. (trad. franç.).

Enfin elle concilie dans une synthèse féconde l'intérêt individuel et l'intérêt collectif, dont le socialisme et l'individualisme purs ont le tort de mettre perpétuellement en relief la prétendue opposition, travaillant ainsi à créer d'incessants conflits.

Cette coïncidence constante des buts individuels et des buts sociaux a été bien mise en relief par Ihering. Sans doute Ihering ne l'explique pas comme nous, et la notion de la solidarité sociale, telle que nous la comprenons, lui est certainement à peu près complètement étrangère. Cependant le passage doit être cité. « Comment, dit Ihering, le monde peut-il vivre dans l'égoïsme? Parce qu'il le prend à son service, qu'il lui paie le salaire qu'il réclame; il l'intéresse à ses fins, alors il est sûr de sa participation. Cela est la maxime simple par laquelle la nature aussi bien que l'humanité et que l'homme s'emparent de l'égoïsme pour leur fin... On pourrait demander : comment une force qui veut le plus petit crée-t-elle le plus grand? Cette force se veut simplement elle-même; elle veut son *moi* pauvre et mortel, avec ses intérêts, et elle provoque des travaux et des formations, qui, vis-à-vis de l'individu, sont comme les montagnes auprès du ver. On trouve le pendant de cela dans la nature : ce sont les infusoires faisant des montagnes. L'infusoire, c'est l'égoïsme vivant exclusivement pour soi, il bâtit le monde. » Et ailleurs : « La loi a l'égoïsme pour allié, quand il est assez clairvoyant pour reconnaître ses propres buts dans les buts sociaux protégés par la loi...[1]. »

Ces observations suffisent pour écarter une seconde objection possible. Si l'on suppose, peut-on dire, un rapport naissant entre deux individus, ainsi réduit à ces

1. Ihering, *Der Zweck im Recht*, t. I, p. 38, 52 et 452, 1877.

deux individus, sans réaction sur les autres, on ne peut voir dans les buts, déterminant les actes de volonté qui lui donnent naissance, que des buts strictement individuels. Si, par exemple, Primus fait une vente à Secundus, les deux actes de volonté qu'implique cette vente sont bien exclusivement individuels ; on ne peut y voir à aucun degré des buts sociaux ; si donc la force consciente et organisée intervient, si ces actes de volonté sont protégés et ont un caractère juridique, ce n'est point parce qu'ils sont conformes à une règle de droit, fondée sur la solidarité sociale, c'est parce qu'ils sont l'exercice d'un droit individuel, appartenant à tout homme ; si la règle de droit intervient, c'est qu'elle naît du droit individuel antérieur à elle et qu'elle est destinée à sanctionner ce droit subjectif individuel dont elle émane. Ce raisonnement serait, on le voit, celui de la pure doctrine individualiste. Il est facile de le réfuter. L'acte de volonté de celui qui est partie à une vente privée est protégé, non pas parce qu'il est l'exercice d'un droit subjectif, mais parce qu'il est bien en réalité déterminé par un but individuel et social à la fois, individuel parce que le contractant veut étendre son pouvoir économique propre, et social parce qu'en voulant cela, il coopère à la solidarité sociale, puisqu'en accroissant son propre pouvoir il accroît la solidarité par division du travail, fondée sur les activités individuelles propres ; et pour la même raison l'acte de volonté du contractant n'est protégé que dans la limite où il ne porte pas une atteinte à la libre activité des autres en général et de son co-contractant en particulier ; car alors son acte de volonté cesserait d'être et social et individuel, puisqu'il serait une atteinte à la solidarité sociale sous l'une de ses deux formes.

IV

Ces objections écartées, nous pouvons maintenir notre proposition : Tout acte de volonté individuelle, déterminé par un but conforme à la solidarité sociale ou, ce qui est la même chose, à la règle de droit, est un acte juridique et crée une situation juridique subjective.

La proposition reste vraie, quelle que soit la forme extérieure de la manifestation de volonté. Peu importe que la manifestation de cette volonté soit *unilatérale*, peu importe quelle soit *bilatérale*, c'est-à-dire qu'elle se rattache à une manifestation de volonté correspondante, émanée d'un autre individu, en un mot peu importe qu'elle soit contractuelle ou non. Le caractère contractuel ou non contractuel d'un acte de volonté ne touche que le processus externe de cette volonté ; or cela est indifférent pour déterminer la valeur d'une volition. Seul le processus psychologique doit être pris en considération ; le contrat ou l'acte unilatéral est l'objet de la volition, et non le but qui la détermine. L'individu veut faire un contrat, un acte non contractuel ; il veut ce fait matériel déterminé par un certain but. Or la valeur d'une volonté ne s'apprécie point d'après la chose physique qu'elle veut, mais seulement d'après le but qui la détermine. On a montré plus haut que seul le but, psychiquement conçu comme déterminant, peut qualifier une volition et lui donner sa valeur. Si ce but interne est juridique au sens expliqué plus haut, cette volonté est juridique, l'effet voulu doit se réaliser; chacun a le devoir de ne rien

faire pour empêcher cette réalisation; l'individu qui a voulu, déterminé par ce but, a le pouvoir d'obtenir ce qu'il a voulu; celui qui est dans la possibilité physique de faire avoir l'objet voulu a le devoir de faire tout ce qui est en son pouvoir pour cela; et celui qui est détenteur d'une force, plus grande que celle des autres, consciente, organisée, le gouvernant en un mot a le devoir et le pouvoir d'assurer, par l'emploi de cette force, la réalisation de ce but. Il en est ainsi parce que tout individu, gouvernant ou particulier, qui n'agirait pas ainsi, agirait contre la solidarité sociale, puisque par hypothèse l'acte de volonté individuelle a été déterminé par un but de solidarité sociale. Tout individu, qui ferait un acte de volonté contraire à l'obtention du résultat juridiquement voulu, ferait un acte sans valeur juridique, dont les effets devraient être réparés, un acte qui parfois même devrait être réprimé par un châtiment. Il y a bien là une situation juridique, que nous appelons subjective, parce qu'elle est créée uniquement[1] par la volonté d'un individu, sujet d'une volonté, volonté qu'on suppose déterminée par un but social, reconnu par conséquent par le droit objectif. Il y a donc une correspondance exacte entre la situation juridique subjective et la règle objective. Les deux domaines sont parfaitement distincts, mais se correspondent exactement. L'es-

1. Nous disons que cette situation juridique est créée *uniquement* par la volonté du sujet qui a voulu l'acte juridique. En faisant, par suite des nécessités de l'exposition, abstraction de la loi positive, cette affirmation nous paraît évidente parce que nous n'avons pas l'intervention d'une volonté autre que celle de l'individu qui a voulu l'effet de droit. Mais, si l'on suppose la règle de droit constatée et sanctionnée par le législateur positif, on voit apparaître une autre volonté, et alors se pose la question si vivement discutée en Allemagne, de savoir si la cause génératrice des effets de droit est la volonté de l'auteur de l'acte ou la volonté du législateur. Nous examinerons cette question au chapitre VII, §§ 6 et 7.

prit conçoit d'abord le droit comme une règle des volontés individuelles ; il conçoit en même temps un certain pouvoir de ces volontés individuelles fondé et limité par cette règle ; il aperçoit enfin ce pouvoir se manifestant à l'extérieur, se manifestant efficacement, s'il reste dans les limites de cette règle et créant alors un effet de droit subjectif. Cependant cette notion de règle et de pouvoir est par elle-même incomplète, parce qu'elle est purement abstraite ; elle ne devient concrète que lorsque le pouvoir passe à l'état d'acte par une manifestation extérieure de volonté. Mais l'esprit humain ne conçoit la légitimité d'un acte concret que lorsqu'il émane d'une volonté, qui veut dans les limites du pouvoir que lui confère la règle abstraite. Les deux notions de droit objectif et de droit subjectif sont donc ainsi complémentaires l'une de l'autre.

Cette situation juridique subjective, créée par un acte de volonté individuelle, est-elle le droit subjectif dans le sens le plus ordinaire de ce mot ? Doit-elle être conçue comme un rapport entre deux sujets ? Non, cette vieille notion doit être bannie de la science juridique.

Dans la conception courante, disons-nous, le droit subjectif est un rapport entre un sujet actif et un sujet passif. Il apparaît comme un lien (*vinculum*) qui réunit un être à un autre ; le premier ayant le pouvoir d'exiger à son profit, même par la force, un certain agissement du second ; et celui-ci étant astreint à accomplir ou à supporter un certain agissement au profit du premier. L'auteur d'un livre récent, remarquable à tous égards, M. Planiol, ramène, suivant la doctrine classique, toute situation juridique subjective à l'obligation ou créance d'une part, et au droit réel d'autre part. Il écrit : « L'obligation est un rapport juridique entre deux personnes, en vertu duquel l'une d'elles appelée créancier a le droit d'exiger un certain fait de l'autre, qui est

appelée débiteur... L'obligation a donc pour effet de lier l'une à l'autre (deux personnes); elle forme ce que l'on appelle un lien de droit (*vinculum juris*). Ce rapport s'appelle créance quand on le considère du côté actif, en la personne du créancier, il s'appelle dette quand on le considère du côté passif, en la personne du débiteur... Un droit réel quelconque est un rapport juridique établi entre une personne, comme sujet actif, et toutes les autres comme sujet passif. Ce rapport est d'ordre obligatoire... L'obligation, imposée à tous autres que le titulaire du droit, est purement négative... Le droit réel doit donc être conçu sous la forme d'un rapport obligatoire, dans lequel le sujet actif est simple et représenté par une seule personne, tandis que le sujet passif est illimité en nombre et comprend toute personne qui entre en relation avec le sujet actif... Par définition, tout droit est un rapport entre les personnes, c'est la vérité élémentaire sur laquelle est fondée toute la science du droit, et cet axiome est inébranlable... Le droit ne peut exister au profit d'une personne que contre d'autres personnes capables de le supporter comme sujets passifs, c'est-à-dire capables d'avoir des obligations[1]. » La conception classique ne peut pas être mieux précisée.

On aperçoit tout de suite les conséquences qui en résultent. Toute situation juridique subjective s'analysant en un rapport entre deux sujets, toutes les fois qu'on se trouve en présence d'une telle situation, il faut qu'il y ait deux sujets, un sujet actif, un sujet passif, et, par conséquent, tout élément auquel profite une situation juridique sera un sujet de droit. Lorsque l'être, qui profite de la situation, est un individu capable de

1. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, p. 295, 298, 299, et p. 298, note 1, 1900.

vouloir et d'agir, pas de difficulté : la personne humaine consciente d'elle-même est le sujet juridique normal. Mais avec la complexité croissante des situations économiques et morales, il arrive constamment que l'effet de droit profite à un élément autre qu'une personne individuelle, consciente, capable de vouloir et d'agir. Cet élément, a-t-on dit, sera le sujet de droit. Comment l'expliquer? C'est là que commence la difficulté; les controverses sont interminables. En fait, le plus souvent, quand ce n'est pas un individu qui profite d'une situation juridique, c'est un groupe, une collectivité. Aussi les controverses ont-elles surtout porté sur la personnalité juridique des collectivités. Sans rapporter ces controverses, voici les conclusions de l'auteur qui, à notre connaissance, a le plus récemment écrit sur la question. « Le droit subjectif, dit M. Michoud, est l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé, au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre. Le titulaire (sujet) du droit est l'être (collectif ou individuel) dont l'intérêt est ainsi garanti; alors même que la volonté qui le représente ne lui appartienne pas en propre au sens métaphysique du mot. Il suffit que cette volonté puisse lui être *socialement* attribuée[1]... »

L'effort le plus remarquable qui ait été fait pour dégager la pensée juridique de ce cadre trop étroit du rapport et du sujet de droit est assurément la doctrine de Bekker[2], connue sous le nom de théorie des *patri-*

1. Michoud, *la Notion de personnalité morale*, dans *Revue du droit public*, 1899, t. I, p. 213. — Voir une théorie analogue, Bernatzik, *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person*, dans *Archiv für öffentliches Recht*, t. V, 1890, p. 169, et spécialement p. 204 et suiv., 236 et suiv. — Voir en outre, dans le remarquable article de M. Michoud, l'exposé et la critique très pénétrante des diverses doctrines.

2. Bekker, *Zum Lehre von Rechtssubject*, dans *Jahrbücher für die Dogmatik*, t. XII, 1873, p. 1 et suiv.



moines buts (Zwecksvermögen) ou des *sujets buts* (Zweckssubjekte) et inspirée par quelques passages de Brinz[1]. Il n'entre pas dans notre plan d'exposer en détail cette théorie, il suffit de la résumer en disant avec Bekker : Le sujet de droit est celui : 1° dont la volonté est déterminante; 2° dont la volonté n'est pas déterminante, quand est déterminante la volonté d'un autre, laquelle est supposée être la volonté du premier. Le caractère de sujet de droit serait ainsi un rapport spécial avec le droit, qui, dans les conditions normales, confère à celui qui est dans ce rapport le pouvoir d'exercer le droit (*Verfügung*), mais qui, toutes les fois que cet exercice propre rencontre des empêchements invincibles, fait de celui qui est dans ce rapport le *medium* du pouvoir de *Verfügung*, de telle sorte que ce pouvoir passe alors du sujet de droit aux personnes qui sont avec lui en un certain rapport. Le sujet de droit garde alors le profit (*Genuss*), et cela suffit pour qu'il reste sujet de droit. Il n'est donc pas nécessaire pour qu'il y ait sujet de droit, qu'il y ait une volonté; la volonté est nécessaire pour la *Verfügung ;* elle ne l'est pas pour le *Genuss*. « Si, dit Bekker, nous pouvons abandonner la capacité de volonté, il n'y a visiblement aucune raison pour que nous ayons à persister dans le caractère humain du sujet : des choses, des rapports incorporels peuvent jouer le rôle de sujet aussi bien que des hommes. » Cette théorie, quelque ingénieuse et quelque hardie qu'elle soit, a le tort, selon nous, de maintenir les deux notions artificielles et *a priori* de rapport de droit et de sujet de droit. Comme toutes les autres doctrines, comme celle de MM. Bernatzik et Michoud, elle repose sur une fiction et un postulat.

Et en effet on affirme « que, par définition tout droit

1. Von Brinz, *Pandekten*, t. I, p. 222 et t. III, p. 453, 3e édit.

est un rapport entre personnes, que c'est la vérité élémentaire sur laquelle est fondée toute la science du droit, et que cet axiome est inébranlable[1] ». Or il faudrait commencer par démontrer cette prétendue vérité élémentaire. Il y des sujets de droit; les collectivités, les fondations, les buts mêmes sont des sujets de droit, parce qu'un droit est un rapport entre deux sujets, et qu'il faut des sujets de droit pour qu'il puisse y avoir une situation juridique protégée. Mais c'est un cercle vicieux, parce qu'on suppose démontrée une chose qui ne l'est pas; on suppose établi que toute situation juridiquement protégée est un rapport entre deux sujets, et cela n'est pas établi. Cela étant supposé démontré, on donne une définition fictive et arbitraire du sujet de droit. Pendant des siècles cette conception de l'effet de droit, compris comme un rapport entre deux sujets, a pu suffire. Quand elle paraissait mal s'adapter aux faits, on avait recours à la fiction, ce procédé si commode, dont les juristes romains ont usé en maîtres, et qui a rendu des services immenses en permettant d'adapter sans secousse une législation rigide et formaliste aux besoins nouveaux. Mais le temps est passé des fictions et des hypothèses; il nous faut des faits et des réalités. Ce n'est pas *a priori* qu'on peut affirmer que toute situation juridique subjective s'analyse en un rapport entre deux sujets. C'est par l'observation des faits sociaux qu'il faudrait le démontrer. Or les faits protestent, et dans nos sociétés modernes nous voyons apparaître une infinité de situations, qui sont protégées, qui doivent être protégées, qui sont reconnues, qui doivent être reconnues parce qu'elles sont des situations de solidarité sociale, et qu'il est impossible de faire rentrer dans le vieux

1. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*. t. I, p. 298, 1900.

cadre du rapport entre deux sujets. On s'ingénie à les y faire rentrer. On fait des prodiges de subtilité, mais on ne peut arriver à écarter la fiction et le cercle vicieux. Le juriste, dit-on, est conservateur par nature, et c'est ce qui fait sa force. Non, on n'est fort que si, sans dédaigner le passé, on regarde le présent et l'avenir. Affranchissons-nous de ces entraves, et observons les faits.

Sans doute, nous l'accordons, très souvent en fait une situation juridique subjective créée par un acte de volonté nous apparaît extérieurement sous la forme d'un rapport entre deux sujets. Mettons même, si l'on veut, que le plus souvent il en est ainsi. Mais dans la vie des sociétés modernes apparaissent fréquemment des situations, qui doivent être juridiquement protégées, et qui ne peuvent aucunement se ramener à un rapport entre deux sujets. Faut-il, pour expliquer que ces situations sont juridiquement protégées, supposer l'existence de ces sujets, et dire : si cette situation est protégée, c'est donc qu'il y a des sujets de droit? Et pourquoi? Avec notre point de départ, tout s'explique sans postulat *a priori*, sans hypothèse, sans fiction. Nous croyons avoir établi que toutes les fois qu'il y a un acte de volonté individuelle déterminée par un but de solidarité sociale, il naît pour une certaine volonté le pouvoir d'assurer la réalisation de ce résultat, il naît pour une certaine autre volonté le devoir de ne rien faire s'opposant à la réalisation de ce résultat, et, si cela se peut, d'y travailler activement; il naît pour le gouvernant, s'il existe, le devoir d'employer la force à l'obtention du but qui a déterminé l'acte de volonté. Voilà tout, voilà le fait, tout le reste n'est que fiction. Il y a un résultat voulu; il y a des volontés qui ne doivent rien faire pour l'empêcher, il y en a d'autres qui doivent contribuer à le réaliser; il y

a un certain profit qui en résultera. C'est ce qui permet de dire qu'il y a un rapport entre celui qui a voulu l'effet, celui qui doit le réaliser, entre celui qui doit le réaliser et l'élément qui en profitera. Il y a une volonté qui a voulu, une volonté qui peut, une volonté qui doit, un profit. Mais où trouvons-nous ce prétendu rapport de droit? Pourquoi vouloir déterminer les sujets, termes de ce rapport, lesquels n'existent pas? Il y a un effet qui été voulu; cet effet est social, puisqu'il est par hypothèse facteur de solidarité sociale; cet effet doit être obtenu; la force organisée doit y travailler; tel individu, qui le peut, doit faire une certaine chose, et personne ne peut rien faire qui empêche l'effet de se produire, parce que tous, gouvernants et gouvernés, doivent coopérer activement et passivement à la solidarité sociale. Mais de lien de droit entre deux prétendus sujets, nous n'en voyons pas. Il y a une situation juridique subjective, dans laquelle il y a un pouvoir et un devoir juridique; mais ne dites pas qu'il y a un rapport entre le sujet qui *doit* et le sujet qui *peut*. La situation est à la fois plus complexe et plus simple, — plus complexe parce qu'il n'y a pas seulement un sujet qui doit et un sujet qui peut, mais que toutes les volontés individuelles particulières et gouvernantes sont atteintes par l'acte de volonté individuelle, qui crée la situation subjective; — plus simple, parce qu'il n'y a point à rechercher où sont les sujets de ce rapport qui n'existe pas. Ce pouvoir né de la situation subjective, on peut l'appeler droit subjectif, ce devoir on peut l'appeler obligation subjective, mais à la condition de ne pas y rattacher d'autre sens que celui qui vient d'être indiqué. Le plus simple est de dire : situation subjective, c'est-à-dire situation socialement garantie et créée par une volonté individuelle consciente.

Pour éviter toute fausse interprétation de notre pensée, on remarquera que nous ne voulons pas dire que le profit de cette situation soit toujours acquis à celui qui a voulu. Cela importe peu. Et nous n'avons point à réfuter l'objection de ceux qui soutiennent, comme MM. Michoud et Bernatzik[1], que ce n'est pas la volonté qui est le fondement du droit subjectif, mais bien l'intérêt juridiquement protégé par la loi. Nous ne disons pas qu'il naît un droit au profit de celui qui a voulu; nous disons seulement que, lorsqu'il y a eu un acte de volonté déterminé par un but de solidarité, l'effet voulu doit se produire, que certaines volontés ont un certain pouvoir ou un certain devoir, les volontés qui ont voulu, ou toutes autres, peu importe, qu'un certain profit sera acquis à un élément d'un ordre quelconque. Nous disons que cette situation ne peut être créée que par un acte de volonté individuelle. Si nous parlons de situation juridique subjective, ce n'est pas parce qu'elle implique un pouvoir appartenant à un sujet contre un autre sujet, c'est simplement parce que la situation qui a été créée est le fait de l'acte de volonté d'un sujet déterminé.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas douteux que, dans la situation juridique subjective, il y a, comme dans le droit objectif, un pouvoir et un devoir. Ce pouvoir et ce devoir ne constituent pas un lien entre deux sujets déterminés, mais ils existent. Seulement on aperçoit facilement la différence fondamentale qui sépare le pouvoir et le devoir objectifs du pouvoir et du devoir résultant d'une situation juridique subjective. Le pouvoir objectif est général et continu, comme la règle de droit elle-même; il appartient à toute volonté individuelle,

1. Michoud, article cité, *Revue du droit public*, t. I, 1899, p. 210: — Bernatzik, article cité, *Archiv für öffentliches Recht*, t. V, p. 204, 1890. Cet auteur parle « des conséquences absurdes du dogme de la volonté dans le droit des collectivités ».

et lorsqu'une volonté individuelle a voulu une fois en vertu de ce pouvoir, ce pouvoir n'est point épuisé; il subsiste; il se transforme peut-être; mais il reste toujours réel. De même pour le devoir objectif. Au contraire, dans la situation juridique subjective, le pouvoir et le devoir, qui en résultent, ne sont point continus. Lorsque l'effet, qu'a voulu la volonté créatrice de cette situation juridique, est obtenu, le pouvoir et le devoir résultant de cette situation subjective disparaissent. Ils s'épuisent par la réalisation du résultat voulu. Le pouvoir et le devoir, nés d'une situation subjective, sont momentanés et disparaissent lorsque la chose voulue par la volonté créatrice de la situation subjective est obtenue. La règle de droit de telle société défend à quiconque de s'opposer à une appropriation individuelle, ce qui implique le pouvoir objectif de devenir propriétaire. X... devient propriétaire; son pouvoir d'acquisition disparaît-il? Évidemment non. J'ai voulu que dans un but conforme au droit objectif, X... accomplisse un certain agissement; il y a une volonté, la mienne ou une autre, celle des gouvernants, par exemple, qui a le pouvoir de contraindre X... à accomplir cet agissement. La prestation est faite; le résultat voulu est réalisé; la situation juridique cesse, et le pouvoir subjectif, comme le devoir subjectif, qui en étaient nés, disparaissent. La situation juridique subjective peut donc être qualifiée de situation individuelle, mais non pas en ce sens qu'elle ne touche que certaines personnes déterminées; ce ne serait pas exact; elle est individuelle parce que elle cesse quand un résultat défini, voulu par une volonté individuelle, a été obtenu. Ihering a bien marqué ce caractère : « La notion de l'ordre individuel ne consiste pas en ce qu'il s'applique à une seule personne, mais en ce qu'il épuise son effet (par son exécution)... [1]. »

1. Ihering, *Der Zweck im Recht*, t. I, p. 327, 1877.

En résumé, une situation juridique subjective n'est pas un rapport entre deux sujets; elle résulte d'un acte de volonté individuelle et elle consiste en ce que une certaine volonté individuelle pourra être contrainte directement ou indirectement à accomplir un agissement déterminé, en ce que nul ne peut s'opposer à la réalisation de l'effet particulier voulu. Il n'y a point de rapport entre celui qui a voulu, ou l'être, l'objet, le but pour lequel on a voulu d'une part, et celui qui est astreint à l'agissement; il n'y a point de rapport entre celui qui est astreint à l'agissement et l'élément qui en profite. Il n'y a point à rechercher les deux termes d'un rapport qui n'existe pas, mais simplement s'il y a eu un acte de volonté, déterminé par un but conforme au droit objectif.

V

Il nous reste à montrer que cette conception s'adapte facilement et exactement à toutes les situations qui apparaissent dans les sociétés modernes. Ce sera la meilleure preuve de sa justesse. On n'indiquera que quelques espèces parmi celles qui se présentent le plus fréquemment.

Et d'abord, puisque la volonté individuelle n'est pas protégée par elle-même, mais seulement à raison du but qui la détermine, pour savoir si un effet juridique est produit, il ne faut point considérer en lui-même l'acte par lequel se traduit la volonté, mais le but qui détermine cette volonté. Il ne faut pas envisager l'objet mais le but de la volition. Une application pratique découle immédiatement de cette idée : comme on l'a déjà dit, pour créer un effet de droit il n'est point nécessaire qu'une volonté individuelle, quelle qu'elle soit, pas plus

celle d'un particulier que celle d'un gouvernant, se manifeste dans un contrat. Tout acte d'une volonté individuelle quelconque, unilatéral ou synallagmatique, produit un effet de droit, quand il est conforme à la règle de droit. Pénétrés de cette idée que toute situation de droit subjectif se ramène à un rapport entre un sujet actif et un sujet passif, dominés par la doctrine individualiste, les juristes, particulièrement les civilistes, ont été amenés à ne reconnaître en principe un effet de droit que lorsqu'un contrat est intervenu entre le sujet actif et le sujet passif, entre celui au profit duquel se forme la situation subjective et celui auquel incombe l'obligation qui en résulte. A peine font-ils exception pour la volonté des gouvernants, à laquelle ils attribuent une vertu spéciale, le pouvoir de créer un rapport de droit par un acte de volonté unilatéral. Ainsi c'est un lieu commun de dire que le droit public et le droit privé sont absolument distincts, et que le droit privé est un droit essentiellement contractuel. Mais comme les faits protestent, comme il arrive souvent qu'une situation juridique s'impose et demande protection, bien qu'il n'y ait eu aucun contrat, on a recours à la fiction, si commode ; on invente la théorie artificielle des quasi-contrats ; le gérant d'affaires et celui dont l'affaire est gérée ne se connaissent pas ; peu importe, les choses se passeront comme s'il y avait un contrat; enfin, quand il est impossible d'invoquer la fiction d'un contrat, on dit, ce qui n'explique rien : l'effet de droit est produit par la loi. Nouvelle fiction, car de la loi positive, pas plus que de la règle de droit qu'elle constate, ne peut naître une situation juridique subjective[1]. Laissons donc de côté ces artifices et ces fictions, et disons : un acte de volonté individuelle, même uni-

1. Cf. *infra*, chap. VII, §§ 6 et 7.

latéral, déterminé par un but de solidarité, produit toujours un effet de droit, et un effet de droit complet au point de vue actif et au point de vue passif; il assure un profit; il crée une obligation pour une ou plusieurs volontés. Et cette solution à laquelle nous conduit logiquement notre point de départ n'est que l'explication théorique des tendances du droit actuel, déterminées par les besoins pratiques.

Cette conception explique d'abord très bien comment l'acte de volonté unilatéral du gouvernant en général, de l'administrateur en particulier, acte qui n'est réellement que la manifestation d'une volonté individuelle, produit presque toujours, quoique unilatéral, une vraie situation juridique subjective, active et passive, quand il est déterminé par un but conforme au droit objectif. Si cet effet est créé, ce n'est point que le gouvernant, l'administrateur, agisse au nom de l'Etat, prétendue personne collective, et considérée comme investie à ce titre de la souveraineté, c'est-à-dire du droit subjectif de commander aux individus. Admettre en effet que le gouvernant agit au nom de cette prétendue personne Etat, c'est formuler une hypothèse, et serait-elle vraie, elle n'expliquerait pas pourquoi cette personnne collective a le droit de commander à cause de sa qualité même de personne collective. En réalité, l'acte de volonté d'un gouvernant est de même ordre, de même qualité, de même nature, que celui d'un simple particulier. Que ce soit un empereur, un roi, un préfet ou un parlement, ou que ce soit le plus infime des sujets qui manifeste une volonté, ce sont toujours des individus qui veulent; et si l'on écarte toute fiction, il faut bien toujours en venir là. La seule différence, qui sépare le gouvernant du gouverné, c'est qu'en fait le premier dispose du pouvoir matériel d'assurer par la force, si besoin est, la réali-

sation de sa volonté, et que ce pouvoir matériel le gouverné ne l'a pas. Mais c'est là une simple différence de fait qui n'affecte, en quoi que ce soit, la qualité et la nature des volontés. Prise en elle-même, la volonté du gouvernant est une volonté individuelle et pas autre chose; cette volonté ne peut produire et ne produit un effet de droit que lorsque et parce que elle est déterminée par un but conforme à la règle de droit; il en est absolument de même de la volonté d'un simple particulier. Il n'y a qu'une chose propre au gouvernant, et encore est-ce une simple chose de fait : celui-ci, disposant d'une force matérielle plus grande que celle des particuliers, pourra assurer lui-même, sans faire appel à une force étrangère, la réalisation de sa volonté, à la différence du particulier, qui ne disposant pas de la force matérielle, concentrée tout entière entre les mains des gouvernants, sera obligé, pour obtenir par la contrainte l'effet voulu, de s'adresser au détenteur de la force. Différence de fait et non différence de droit. Il en résulte cette conséquence que, le gouvernant pouvant mettre en jeu directement lui-même, pour assurer la réalisation de sa volonté juridique, la force matérielle dont il dispose, un danger peut provenir de ce que l'agent soit amené à user de sa force pour sanctionner sa volonté, même quand elle n'est pas juridique. Le danger a été compris, et les hommes ont pris des garanties positives; notamment on a admis que la volonté de certains gouvernants n'aurait d'effet que lorsque le but qui la détermine est reconnu légitime par le droit écrit; on a créé une hiérarchie d'agents se contrôlant et se limitant réciproquement; enfin on a établi la garantie d'un contrôle contentieux. Mais tout cela n'est qu'une construction juridique positive; procédés techniques qui ne changent rien à à l'idée fondamentale : l'acte de volonté individuelle

d'un agent étatique produit une situation juridique, non pas parce qu'il est l'expression d'une volonté supérieure à celle des autres, mais tout simplement parce qu'il est la manifestation d'une volonté individuelle déterminée par un but que nous supposons conforme au droit objectif[1]. On nous objectera, nous ne l'ignorons pas, que nous supprimons toute différence entre le droit public et le droit privé. Assurément, quant au fond du droit, il n'y a point, selon nous, de différence entre le droit public et le droit privé. Si l'acte de volonté d'un agent étatique nous apparaît habituellement sous la forme extérieure d'un ordre, c'est parce qu'en fait cet agent est détenteur de la force matérielle; mais en réalité l'effet de droit est produit par une volonté identique à celle d'un particulier. Seuls diffèrent les procédés techniques positifs, destinés à assurer la réalisation de la volonté du gouvernant et de celle du particulier.

Notre conception conduit encore à des conséquences importantes, qui correspondent très exactement aux besoins de la pratique moderne et aux tendances de la jurisprudence qui s'en inspire, souvent inconsciemment. Nous ne pouvons que les indiquer sommairement. Avec notre point de vue, on comprend aisément, comment le commerçant qui fait une offre à son correspondant ou au public est lié par cette offre quoique unilatérale, comment l'entrepreneur de transport est lié par les tarifs qu'il publie, comment la compagnie d'assurance est obligée par les conditions qu'unilatéralement elle propose au public, comment un simple particulier est lié par la promesse de fondation contenue dans un acte entre vifs. La doctrine et la jurisprudence sont encore indécises. Dominées, principalement

1. V. *infra*, chap. V, § 3.

en France, par la théorie individualiste, par le désir de faire rentrer toutes les situations nouvelles dans les vieux cadres du droit romain, elles cherchent des détours et des artifices, quand il suffirait d'abandonner des principes caducs et de se placer en présence des faits. Dans certains cas, les circonstances ont été plus fortes que toutes les théories, et on a dû admettre unanimement un effet de droit produit par un acte de volonté unilatéral, sans recourir à la fiction du quasi-contrat. Par exemple l'acheteur en bourse d'une action ou d'une obligation, d'un aveu unanime, se trouve grevé d'une série d'obligations, titulaire d'une série de profits, vis-à-vis de la société, de l'Etat, de la commune qui ont émis le titre. Où est le contrat? L'acheteur n'a jamais été en relation avec l'auteur de l'émission ; il ne le connaît pas ; aucun échange de consentement ne s'est produit entre eux ; et on voudrait parler de contrat ! Celui qui appose sa signature sur une lettre de change se trouve obligé vis-à-vis du dernier porteur, quel qu'il soit. Ici encore, où est le contrat? C'est une obligation légale, dira-t-on. Mais la loi positive constate les obligations juridiques des particuliers, elle ne les crée pas. On l'établira plus loin[1].

Qu'y aurait-il donc de particulier dans le contrat pour que seul il permît à une volonté particulière de créer un effet de droit? Le contrat est un mode de manifestation externe de la volonté ; il ne touche pas son processus interne. Si l'on va au fond des choses, on aperçoit, au cas de contrat, deux actes de volonté : la volonté de créer un effet de droit, la volonté de faire

1. V. *infra*, chap. VII, §§ 6 et 7. — Sur l'effet obligatoire des actes de volonté unilatéraux, cf. Baudry Lacantinerie et Barde, *Traité des obligations*, t. I, p. 26 et suiv. ; — R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation* (thèse), particulièrement p. 65 et suiv. — Saleilles, *De l'obligation dans le Code civil allemand*, nos 141-144, p. 142. — Siegel, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, 1874.

un contrat, c'est-à-dire de manifester sa volonté juridique par ce fait qui s'appelle le contrat, et qui se caractérisé par cela que les deux volontés se provoquent réciproquement à s'extérioriser, que l'une se manifeste parce que l'autre s'affirme et réciproquement. Le contrat est une forme de manifestation de la volonté juridique, mais il n'est pas la volonté juridique. Il y a un échange de consentements; mais la force génératrice du droit n'est pas là ; elle est dans chaque volonté individuelle, qui veut produire un effet juridique. Cela est si vrai que les représentants de la théorie traditionnelle sont bien obligés d'admettre que, les consentements une fois échangés, chaque volonté vaut par elle-même, produit les effets de droit qu'elle a voulus, bien que l'autre, pour une cause quelconque, demeure impuissante à les produire. Les solutions, admises par la théorie classique des risques dans les contrats synallagmatiques, ne peuvent pas s'expliquer autrement. Du moment où on a senti que, dans le contrat, l'effet de droit était produit, non par l'échange des consentements, mais par chaque manifestation de volonté individuelle, le contrat a perdu de son importance dans les relations des hommes, et cela est l'explication proprement juridique d'un phénomène dont on a montré précédemment[1] la cause sociale : la diminution constante du rôle du contrat dans les sociétés modernes. Le phénomène est certain en droit public ; les quelques exemples qu'on vient de rapporter suffisent à prouver qu'il en est de même en droit privé. Quant à l'objection qui consisterait à dire : la volonté unilatérale ne peut pas produire un effet de droit dans les relations purement privées, parce qu'elle ne sera jamais déterminée par un but de solidarité sociale, on l'a réfutée

1. V. *supra*, chap. I, § 4.

d'avance; on a montré que toute volonté qui veut le développement de son activité propre ou de celle d'un autre veut un but social, coopère à la solidarité, puisque l'accroissement de la solidarité sociale est fonction de l'accroissement des activités individuelles[1].

Affirmons à nouveau que la situation juridique subjective n'implique aucunement un rapport de droit entre deux sujets, qu'elle n'implique point notamment un rapport de droit entre celui qui a voulu et une autre personne, que tout simplement, par l'effet d'un acte juridique, une certaine prestation est imposée à une certaine volonté, un profit assuré à un certain élément, et que la force matérielle peut être légitimement employée à la réalisation de ce résultat. Ainsi tout s'éclaire, et une foule de difficultés, qui ont arrêté le développement du droit, et que l'esprit scolastique des juristes a amoncelées comme à plaisir, s'évanouissent d'elles-mêmes. La vieille notion d'essence, si chère aux philosophes du moyen âge, domine encore toutes les doctrines juridiques. Ainsi on cherche depuis des siècles comment le rapport de droit peut encore subsister, quand les deux sujets se trouvent confondus et ne forment plus qu'une seule et unique essence, en un mot, comment la confusion n'éteint pas toujours et radicalement le rapport qui constitue le droit. Si le droit est un rapport, et que des deux sujets du rapport il n'en reste qu'un, on ne pourra jamais expliquer comment le droit peut survivre. La confusion, dit-on, n'éteint pas le droit, elle le paralyse. Formule verbale qui n'explique rien. Tout s'explique au contraire dans notre conception; l'effet de droit n'est point un rapport

1. V. *supra*, chap. III, §§ 2. — Sur la nature du contrat, cf. Schlossmann, *Der Vertrag*, 1876; — Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, t. I, p. 4, 1877; — Lévy, *Responsabilité et contrat*, dans *Revue critique*, 1899, p. 361.

entre deux sujets ; peu importe les transformations que subissent ces prétendus sujets ; c'est un agissement qui doit être accompli, un profit qui doit être obtenu ; cette situation juridique subsiste, jusqu'à ce que l'effet qui a été légitimement voulu ait été réalisé.

On discute aussi depuis des siècles la question dite de la représentation, et la seule solution qu'on ait trouvée au problème est de dire : « La personne du mandataire s'efface pour faire place à celle du mandant[1] », ou « les actes juridiques, faits par le mandataire... doivent être considérés comme ayant été faits par le mandant[2] ». Cela revient à dire que la représentation est une fiction, en vertu de laquelle le sujet mandant est substitué au sujet mandataire ; mais cela n'explique rien. Voyons les faits. Un individu veut un certain résultat ; il le veut par hypothèse juridiquement parce qu'il est conforme à la solidarité sociale ; c'est lui qui le veut et pas un autre ; c'est sa volonté qui se manifeste et pas celle d'un autre ; Rousseau a parfaitement raison de dire que les volontés ne se représentent pas. Un individu veut juridiquement un profit ; il peut le vouloir pour lui, il peut le vouloir pour un autre individu ; qu'importe ? La volonté individuelle s'est affirmée conformément au droit ; la situation juridique subjective est créée ; le profit doit être obtenu pour l'élément qu'on a eu en vue légitimement. Qu'est-il besoin de supposer la substitution d'une personnalité à une autre personnalité, la substitution du sujet qui profite au sujet qui veut. L'acte de volonté produit une situation juridique, qui profite à un certain élément quelconque ; il suffit que l'acte de volonté soit conforme au droit, c'est-à-dire à la solidarité sociale.

1. Baudry Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. III, p. 582, 7e édit.
2. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, p. 650, 4e édit.

On a supposé qu'un profit individuel était voulu; l'effet de droit se produit naturellement sans cette opération mystérieuse de la représentation. Mais un individu peut aussi légitimement vouloir un profit collectif; cette volonté produira son effet; ce profit collectif, légitimement voulu, sera naturellement réalisé, sans qu'on imagine la fiction d'une personnalité collective, d'un représentant ou d'un organe de cette personnalité. Aucune de ces questions si obscures et indéfiniment controversées : les collectivités sont-elles des personnes juridiques ? Les individus qui veulent un profit collectif ou une charge collective sont-ils des représentants ou des organes de ces collectivités[1] ? Aucune de ces questions ne se pose. L'existence d'un profit ou d'une charge collectifs légitimement voulus n'implique pas le moins du monde que les collectivités soient des sujets de droit, puisque la situation juridique n'exige point des sujets de droit. Le gérant, l'administrateur, le gouvernant n'est au fond des choses ni un représentant ni un organe; il est un individu comme un autre; sa volonté est une volonté individuelle, et pas autre chose; et c'est comme telle qu'elle produit un effet de droit, quand elle veut un profit collectif, et qu'elle le veut juridiquement, parce que ce profit collectif est reconnu légitime comme adéquat à la solidarité sociale. Il n'y a point à rechercher si cette collectivité est ou n'est pas un sujet de droit. Il y a utilité collective voulue par une volonté individuelle consciente d'elle-même; cette volonté est déterminée par un but conforme au droit objectif, le résultat légitimement voulu doit être atteint, et le détenteur de la force doit intervenir pour assurer et protéger cette affectation collective.

1. Cf. Gierke, *Genossenschaftstheorie*, spécialement p. 623; — Hauriou, *le Mouvement social*, 2e appendice, p. 144 et suiv., 1899; — Michoud, article cité, *Revue du droit public*, 1899, t. I, p. 5 et 193.

Qu'on abandonne l'idée de rapport de droit, de lien de droit, qu'on considère seulement la volonté individuelle, voulant provoquer un certain agissement, assurer un certain profit à un élément quelconque, la volonté poursuivant un but de solidarité sociale, et tout s'explique sans fiction, sans discussion, par la simple constatation des faits. L'individu, qui fait une fondation, veut par hypothèse un profit collectif; il est déterminé par un but de solidarité telle qu'elle est comprise à une époque donnée, sa volonté est valable et produit une situation juridique. Que viennent faire ici toutes les théories de personne interposée, de fidéicommis, de personnalité de la fondation, de patrimoine but, de patrimoine sujet? Un individu achète et veut que le bénéfice de cet achat soit affecté au profit d'une certaine collectivité; la volonté, si on la suppose déterminée par un but conforme au droit objectif, produira son effet, et qu'importe de savoir si cette collectivité est ou n'est pas un sujet de droit? Tout acte de volonté individuelle produit son effet, lorsqu'il est déterminé par un but de solidarité, que ce but soit d'utilité collective ou d'utilité individuelle. On discute depuis des siècles et on discutera encore longtemps sans s'entendre la personnalité des collectivités, parce que cette personnalité n'existe que dans l'esprit de ceux qui discutent: controverses verbales vaines et sans profit[1].

1. Nous sommes heureux de pouvoir invoquer l'autorité de M. Planiol, qui écrit : « Sous le nom de personnes civiles, il faut entendre l'existence de biens collectifs à l'état de masse distincte, soustraite au régime de la propriété individuelle. Il faut remplacer le *mythe de la personnalité* par une notion positive, et celle-ci ne peut être que la *propriété collective*. Ces *prétendues personnes* n'en sont pas, même d'une manière fictive; ce sont des choses... Dès qu'on abandonne ce fantôme des personnes fictives, on voit s'évanouir une foule de difficultés... La plupart des questions à résoudre sur ce sujet ne sont difficiles que parce qu'elles sont mal posées. On les rectifie et par suite on les résoud plus aisément, si on ne voit plus sous ce nom de personne fictive qu'un

Nous ne voulons pas dire, bien entendu, que tout acte de volonté individuelle soit juridique et légitime par cela seul qu'il est déterminé par un but d'utilité collective. Pas plus que le but d'utilité individuelle, le but d'utilité collective ne rend juridique par lui seul un acte de volonté. Il faut que le but d'utilité collective soit de plus conforme à la règle de droit, née de la solidarité sociale, telle qu'elle est comprise à une époque et dans un pays donnés. Par conséquent les actes de volonté individuelle, faits en vue d'un profit collectif, ne sont des actes juridiques que lorsqu'une affectation collective d'une richesse est considérée comme conforme à la solidarité sociale, telle qu'elle est comprise dans une société. Toute affectation collective d'une richesse, tout profit collectif ne sont pas légitimes en soi. C'est une question de fait et d'évolution. A l'heure actuelle, cela ressort de l'analyse succincte faite précédemment de la solidarité dans la nation moderne, les affectations collectives correspondent très exactement aux éléments de la solidarité sociale. Mais il n'y a pas là une règle absolue, un principe immuable. En vérité, on ne fait que lancer une affirmation *a priori*, et dénuée de tout fondement, quand on dit : le droit d'association est un droit essentiel de l'homme. Il n'en est pas autrement du droit d'association que des prétendus droits de liberté individuelle

état particulier de la richesse. » (Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, p. 262 et 264, 1900.) — C'est très exact, mais comment M. Planiol concilie-t-il cela avec son affirmation de la page 298 : « Par définition, tout droit est un rapport entre deux personnes... Cet axiome est inébranlable. Appliquons-le au droit de propriété, il y a une personne qui nous fournit un des deux termes du rapport, c'est le propriétaire. » Il faut donc un propriétaire de cette propriété collective, quel est-il? Notre savant collègue ne le dit pas. — Cf. Van den Heuvel, *De la situation légale des associations sans but lucratif*, et les articles déjà cités de M. Michoud, *Revue du droit public*, 1899, t. I, p. 5 et 193 et de Bernatzik, *Archiv für öffent. Recht*, t. VI, 1890, p. 168.

ou de propriété. Les hommes ont le pouvoir de faire une affectation collective de richesse, quand cela est conforme à la notion de solidarité sociale; mais cette notion dépend du temps, du pays, du milieu et d'une infinité d'autres circonstances.

Enfin il est bien entendu que le législateur positif peut et doit réglementer et organiser la situation, déterminer par exemple, directement ou indirectement, les individus qui seuls pourront vouloir un profit collectif. Mais cela ne change rien. Ce ne sera qu'une construction juridique positive, élaborée pour arriver plus sûrement à la réalisation de l'effet légitimement voulu. La loi positive ne peut créer des sujets de droit, parce que tout sujet de droit est une fiction, et que la toute-puissance attribuée au législateur ne va pas jusqu'à faire que ce qui n'est pas soit[1]. La technique juridique, sanctionnée par la loi écrite, établira les procédés qui paraissent les plus efficaces pour assurer la réalisation des buts d'utilité collective légitimement voulus par une volonté individuelle. Mais cela ne change rien à la réalité des choses; il reste toujours qu'il n'y a point de sujet de droit, qu'il n'y a point de collectivité personnifiée, qu'il y a seulement un individu qui veut, ou son propre profit, ou le profit d'un tiers, ou le profit d'une collectivité, et que, le but qui détermine cette volonté étant conforme au droit objectif, celle-ci crée une situation juridique subjective, protégée par la force consciente et organisée, s'il y en a une.

1. C'est pourquoi l'article 10 du projet de loi sur les associations, présenté par le Gouvernement le 30 novembre 1899 et ainsi conçu : « La personnalité est la fiction légale par laquelle une association est considérée comme une personne morale, distincte de la personne de ses membres, qui leur survit et en qui réside la propriété des biens de l'association », est une disposition qui n'a pas de sens (*Documents parlementaires*, Chambre, n° 1184).

VI

Un acte juridique, expression d'une volonté individuelle, donnant naissance à une situation juridique subjective, peut être aussi, et est souvent la condition de l'application d'une règle objective et de la naissance d'un pouvoir objectif. On a parfois confondu la situation subjective et le pouvoir objectif, ou plutôt on a attribué à certains actes juridiques des effets qui sont d'ordre objectif, et qui, comme tels, ne peuvent pas être produits par la volonté individuelle. Dans ces espèces, il n'y a en réalité qu'un pouvoir, qu'un devoir objectifs, impliqués directement par la règle objective, dont l'application est conditionnée par la manifestation d'une volonté individuelle. On discute beaucoup le point de savoir si certains effets sont engendrés par la volonté ou par la règle objective. La question à vrai dire ne peut se poser; ces effets, si on les examine de plus près, apparaissent comme des pouvoirs et des devoirs généraux et permanents; ils ne peuvent être, par conséquent, que d'une nature objective; ils sont non pas le produit, mais l'application même de la règle de droit. Ils ne dérivent aucunement de la volonté individuelle, qui n'intervient alors que comme condition matérielle de l'application d'une certaine règle. C'est ce que n'ont pas compris les représentants de la théorie connue sous le nom de *Willenstheorie*, Windscheid lui-même[1]. Cela d'ailleurs n'empêche pas que la

1. Windscheid, *Pandekten*, t. I, p. 107, 7e édit., 1891, et *Wille und Willenserklärung*, *Universität Programme*, 1878; — Enneccerus, *Rechtsgeschäft*, 1889. — Nous reviendrons sur la question du rôle de la volonté individuelle, à propos de la loi positive, *infra*, chap. VII, §§ 6 et 7.



manifestation de volonté individuelle ne soit en même temps un acte juridique et ne crée une situation juridique subjective. Mais cette situation est absolument distincte du pouvoir et du devoir objectifs. En un mot, la manifestation de volonté a, dans les nombreux cas que nous avons en vue, un caractère double : elle est acte juridique et par là créatrice d'une situation subjective ; elle est un fait conditionnant l'application d'une règle objective.

Une manifestation de volonté individuelle, déterminée par un but reconnu légitime par le droit objectif, a toujours une valeur juridique. Mais cela ne fait pas qu'en même temps cette manifestation ne soit un fait matériel. Or il est bien certain que l'application de telle ou telle règle objective est souvent subordonnée à l'existence d'un fait déterminé. La règle de droit se modèle sur la société elle-même, et sur les innombrables faits de la vie sociale[1]. La règle de droit est générale en ce sens qu'elle s'applique à tous les individus ; elle est continue en ce sens qu'elle persiste indéfiniment malgré son application dans un cas déterminé. Mais cela ne veut pas dire qu'elle soit toujours conçue comme une règle pure et simple, absolue et sans condition. Précisément parce qu'elle est à la fois sociale et individuelle, elle a tous les caractères des actes humains : elle est contingente comme les faits sociaux, souvent conditionnée comme les actes individuels. La règle de droit, telle que nous la concevons, n'est pas l impératif catégorique des moralistes; elle est l'impératif hypothétique des juristes. Elle commande et défend d'une manière générale; mais aussi elle commande et défend souvent si telle chose se produit, si tel

1. Nous employons cette expression parce qu'elle est commode ; mais nous ne considérons point, on le sait, la société comme une entité biologique. Cf. *supra*, Introduction et chap. I.

acte est accompli. Ce qui fait la réalité de la règle de droit, c'est la notion que l'homme s'en forme[1]; ladite règle n'est pas un fait physique susceptible d'observation directe; elle est un fait de conscience qu'on saisit seulement par ses manifestations externes, mais dont on ne peut connaître le caractère qu'en le comprenant comme un fait de conscience. La règle de droit est un concept psychologique. Mais elle n'est point un concept inné de la conscience humaine. La place n'est pas ici de discuter la question classique des idées innées; elle est d'ordre purement métaphysique. L'idée d'une règle de droit n'est certainement pas une idée innée; elle n'est même pas une catégorie de l'esprit humain, au sens de la philosophie kantienne. Et elle s'est formée dans l'esprit de l'homme par la perception des faits du monde extérieur, et des rapports de ces faits avec les volontés conscientes. Ces faits sont aussi bien les faits non volontaires que les manifestations des volontés individuelles, et leur rapport avec les volontés conscientes se traduit dans la notion de solidarité sociale. La notion de la règle de droit est donc conditionnée d'une manière générale par la notion de solidarité sociale; mais aussi par la perception de tous les faits et de tous les actes qui touchent à cette solidarité sociale. Finalement, l'homme, ne concevant pas la règle de droit comme une notion absolue, peut la concevoir et la conçoit en réalité comme souvent subordonnée, dans son application, à un fait non volontaire, ou à un acte de volonté individuelle. Par suite, le pouvoir et le devoir objectifs, qui ne sont que la règle de droit appliquée aux volontés individuelles, sont eux aussi conçus comme pouvant être subordonnés à un fait non volontaire ou à un acte de volonté individuelle.

1. Voir *supra*, chap. II, pr.

Ce fait ou cet acte n'est pas la cause génératrice de ce pouvoir ou de ce devoir objectif, il n'est que la condition d'application d'une règle objective. On étudiera au paragraphe suivant le fait et l'acte non juridiques, condition d'application d'une règle objective. Quant à l'acte juridique, il est un acte de volonté déterminé par un but de solidarité ; mais en même temps il est un acte, un fait, et à ce titre il peut apparaître comme condition d'application du droit objectif. Comme acte juridique, il donne naissance à une situation juridique subjective; comme fait il conditionne l'application d'une règle. Un pouvoir objectif vient ainsi se juxtaposer à une situation juridique subjective. Pour un observateur superficiel, les deux choses peuvent se confondre; l'une et l'autre paraissent naître de l'acte juridique. Une analyse plus exacte fait la distinction : seul l'effet subjectif naît de l'acte juridique ; l'effet objectif est simplement le résultat de l'application de la norme, conditionnée par l'acte juridique. Les deux effets marchent côte à côte, mais sont néanmoins complètement distincts, distincts quant à leur origine, à leurs caractères; notamment la situation subjective reste intacte, jusqu'à la réalisation de l'effet voulu, sans qu'une transformation de la règle puisse l'affecter ; quand l'effet est réalisé, il n'y a plus rien; tout est épuisé. L'effet objectif, le pouvoir objectif suivent les changements incessants de la règle de droit et se transforment parallèlement à son évolution ; en même temps ils sont continus et ne s'épuisent point par les applications répétées qui en sont faites[1]. Ce pouvoir objectif, le titulaire ne peut point y renoncer; il est la règle de droit elle-même, et nul ne peut se soustraire à la règle de droit.

1. Cf. *supra*, chap. II, § 2. et chap. III, § 2.

Ici encore tous ces raisonnements seraient sans valeur si les faits sociaux ne venaient les confirmer. Jusqu'à présent nous n'avons qu'une hypothèse; mais elle se trouve vérifiée, puisqu'elle seule rend compte de diverses situations juridiques autrement inexplicables. Nous nous plaçons au point de vue de la règle de droit prise en soi, de la norme, constatée ou non par une loi positive; mais on verra que, même au regard de certaines lois positives, beaucoup de situations ne peuvent être comprises qu'avec notre point de vue. Divers exemples prouvent l'exactitude de notre conception : dans tous, nous verrons que véritablement naît, à la suite d'un acte de volonté, créant une situation juridique subjective, un *état*, c'est-à-dire d'après la définition précédente, un ensemble de vouloirs juridiquement possibles, *état*, qui ne peut être que l'application même de la norme conditionnée par l'acte juridique.

Supposons une société étatique, c'est-à-dire une société où il existe une force permanente et organisée. Le détenteur de cette force désigne des agents, ou, pour nous conformer à la langue courante, nomme des fonctionnaires; ceux-ci peuvent légitimement vouloir certains effets de droit, qui se produisent lorsque le but déterminant est conforme au droit objectif, tel qu'il est compris dans cette société. Ce pouvoir est changeant, suit toutes les vicissitudes de la règle de droit, conformément à laquelle il s'exerce; et ce pouvoir est en même temps continu, en ce sens qu'il ne s'épuisera point par un agissement déterminé du fonctionnaire, mais se renouvellera indéfiniment tant que celui-ci gardera cette qualité. On aperçoit déjà les deux caractères du pouvoir objectif. Des controverses sans fin se sont élevées relativement à la nomination et à la situation des agents. La nomination est bien un acte juri-

dique. Qu'on y voie un contrat de droit public comme Laband[1], ou au contraire un acte unilatéral de la part de l'auteur de la nomination, un acte de puissance publique suivant une expression très accréditée[2], peu importe; cette nomination est un acte de volonté individuelle (celle de l'agent qui fait la nomination), déterminé par un but de solidarité, et produisant une situation subjective, qui s'épuise lorsque l'agissement juridiquement voulu est accompli. Mais, en outre, cet acte de nomination est la condition d'application de la règle de droit, qui légitime les pouvoirs possibles de l'agent nommé; ou, en d'autres termes, l'agent nommé a le pouvoir de vouloir légitimement et juridiquement lorsqu'il veut, déterminé par un but conforme à la règle de sa fonction, et cela est un pouvoir objectit et non un droit subjectif; un pouvoir indéfiniment renouvelé; un pouvoir qui ne s'épuise point par la réalisation d'une chose voulue; un pouvoir auquel l'agent ne peut pas renoncer. Ce pouvoir n'a point pour cause génératrice l'acte de nomination, mais la règle de droit, ou, comme on dit, la loi de la fonction dont la condition d'application est l'acte de nomination. La controverse existe sur le point de savoir si le droit de l'agent de faire certains actes est un droit subjectif de l'agent ou un droit subjectif de la prétendue personne publique, dont, suivant les théories, il serait le représentant ou l'organe. D'après Jellinek, l'agent serait l'Etat lui-même en tant qu'il veut; il n'y a point deux personnes, l'Etat et ses agents; il y a l'Etat ne pouvant que par l'intermédiaire

1. Laband, *Staatsrecht des deutschen Reiches*, t. I, p. 395, 3e édit., 1895. — Nous n'avons jamais compris d'ailleurs la différence qui peut bien exister entre un contrat de droit privé et un contrat de droit public. Ce qui est un contrat est toujours un contrat, rien de plus, rien de moins.

2. Hauriou, *Droit administratif*, p. 681, 3e édit., 1898. — Voir aussi Kammerer, *la Fonction publique en Allemagne*, 1898.

de ses organes; si l'on supprime l'organe, la notion d'Etat s'évanouit; de même, sans la notion de personnalité étatique, il n'y a plus de notion d'organes, d'agents; ce que l'on appelle dans la langue courante le droit subjectif des agents de l'Etat ou de toute personne publique n'est, d'après Jellinek, que le droit subjectif de la personne publique, voulant et agissant par ses organes; organes ou agents et personnes publiques ne font qu'un[1]. D'autres auteurs, Bernatzik, Michoud, considèrent que l'Etat, les personnes publiques sont des personnes juridiques, parce qu'ils forment des groupes d'intérêts collectifs, distincts des intérêts individuels, et parce que leurs organes, leurs agents, sont capables de dégager une volonté collective, qui les représentera dans les rapports juridiques, volonté qui ne sera métaphysiquement que la volonté d'individus isolés, mais qui socialement pourra être regardée comme formant la volonté du groupe[2]. Mais Jellinek répond très justement[3] que cette théorie conduit forcément à dire que la personne juridique est sujet de droit et que l'organe est aussi sujet de droit; elle ne voit dans l'organe qu'un représentant, et la représentation suppose deux personnes, ici la personne de la collectivité, et la personne de ses agents; les agents en tant que représentants sont donc titulaires d'un droit propre, et la personnalité de la collectivié n'est qu'une fiction.

Quoi qu'il en soit de toutes ces théories, ces quelques indications suffisent pour montrer à quelles subtilités, à quelles fictions on en arrive, quand on veut maintenir la notion du droit subjectif. Il y a autant de fictions dans la doctrine de Jellinek que dans celle de M. Mic-

1. Jellinek, *System der subjectiven Rechte*, p. 213, 1895, et *Allgemeine Staatslehre*, p. 512 et suiv., 1900.
2. Michoud, *Revue du droit public*, t. I, 1889, p. 221; — Bernatzik, *Archiv für öffentliches Recht*, t. V, 1890, p. 204 et 230.
3. Jellinek, *System*, p. 214 et note 3.

choud et de M. Bernatzik. En fait, nous ne voyons, et il n'y a que cela, nous ne voyons que des individus, ici les agents nommés, qui peuvent vouloir légitimement certaines choses, parce que par hypothèse elles sont conformes à une règle de solidarité sociale. On ne doit point rechercher où est le sujet du droit subjectif; il y a une possibilité de vouloir « Wollendürfen », et seule une volonté individuelle peut posséder un pouvoir vouloir. Ici ce sont les agents nommés; il n'y a point de droit subjectif; il y a un pouvoir objectif, c'est-à-dire l'application de la règle de droit conditionnée par l'acte juridique de nomination. Ainsi toutes les difficultés relatives à la situation juridique des agents de l'Etat ou des personnes publiques disparaissent. Qu'on prenne donc les faits tels qu'ils sont et qu'on supprime toutes ces fictions, toutes ces constructions scolastiques!

D'autres faits viennent complètement confirmer l'exactitude de notre conception, et notamment le mariage tel qu'il est compris dans les sociétés modernes. Le mariage est certainement un acte juridique ; il est fait en forme de contrat; et la volonté individuelle crée une situation subjective. Mais tout le monde s'accorde à dire que le mariage n'est point un contrat comme les autres. On a raison. Seulement on ne dit point pourquoi le mariage n'est pas un contrat comme les autres et en quoi exactement consiste la différence. Sans doute on affirme que du mariage naît pour les époux un état nouveau, mais on ne précise point ce que cela veut dire. Avec notre manière de voir, tout s'éclaire. Le mariage est un acte juridique, un contrat; mais il est aussi un fait qui conditionne l'application d'une règle objective. L'application de cette règle objective implique un pouvoir objectif, un état si l'on veut, une somme de vouloirs juridiquement possibles, non pas un droit subjectif d'époux, mais un pouvoir objectif, pouvoir général,

continu, transformable et auquel on ne peut pas renoncer. Pouvoir général et continu, par exemple puissance maritale et puissance paternelle. Souvent aussi apparaît un devoir objectif, par exemple la dette alimentaire. Ce pouvoir et ce devoir ne s'épuisent point par leur réalisation dans un cas particulier, mais subsistent continuellement tant que dure l'état de mariage, c'est-à-dire tant que s'applique la règle de droit, qui implique l'existence de ce pouvoir et de ce devoir. Ce pouvoir est objectif. Il en résulte qu'on ne peut pas y renoncer par un acte de volonté individuelle; car l'individu ne peut évidemment pas par sa volonté écarter l'application de la règle de droit. Cela explique très logiquement pourquoi le divorce par consentement mutuel est prohibé par la plupart des législations positives. Enfin cette situation objective, qui est la règle de droit elle-même appliquée à des volontés, suivra toutes les transformations de cette règle. On admet unanimement que toute loi nouvelle modifiant l'état des époux, restreignant ou supprimant par exemple la puissance maritale, s'applique à tous les époux, même à ceux unis par un mariage contracté sous l'empire de la loi ancienne, que la loi sur le divorce notamment s'est régulièrement appliquée à tous les mariages, même à ceux formés antérieurement à sa promulgation. Or cela est inexplicable avec la théorie du droit subjectif; si les époux ont un droit subjectif né du mariage, acte juridique, comment une loi nouvelle pourrait-elle le leur enlever? Qu'on repousse, comme M. Planiol le fait avec raison[1], la notion de droit acquis, qu'on déclare appliquer toujours la loi en vigueur au moment où s'est produit l'acte juridique, on ne résoud point la difficulté, si l'on persiste à voir dans la situation des époux un

1. Planiol, *Droit civil*, p. 90, 1900.

effet de l'acte juridique qu'est le mariage. Le mariage est donc à la fois et un acte juridique et un fait qui est la condition d'application d'une règle objective.

Enfin ce pouvoir objectif, né sous la condition d'un acte juridique et venant se juxtaposer à une situation subjective, apparaît encore nettement dans la propriété, telle qu'elle est comprise de nos jours. Ici la chose est plus délicate ; cependant elle nous semble très exacte et rendre compte de beaucoup de difficultés. On a dit plus haut[1] que le prétendu droit de devenir propriétaire était un pouvoir objectif; ainsi toute volonté individuelle a le pouvoir objectif d'affecter exclusivement une certaine richesse à une utilité individuelle ou à une utilité collective. Cette affectation exclusive étant faite, si on la prend comme telle, cela implique assurément un pouvoir objectif, celui pour une volonté de vouloir tout ce qui est nécessaire pour assurer le maintien de cette affectation exclusive. Ce pouvoir est bien un pouvoir objectif, parce qu'il est général et continu ; il s'oppose à tout agissement individuel qui serait une atteinte à cette affectation ; il ne s'épuise point en une fois et il se renouvelle indéfiniment, toujours vivant, tant que persiste régulièrement l'affectation exclusive. La propriété n'est pas un droit subjectif ; elle implique un ensemble de vouloirs juridiquement possibles, indéfiniment renouvelables ; elle est en vérité un *état*. Et si, comme cela paraît juste, on doit appeler classe l'ensemble des individus qui, dans une société, ont le même état, la même somme de pouvoirs juridiques, on peut dire très exactement que les individus propriétaires forment une classe, et opposer la classe des propriétaires à la classe des non-propriétaires ou prolétaires. Cela n'implique pas bien entendu dans

1. Chap. III, § 2.

notre pensée la nécessité d'une lutte de classes, d'un combat permanent entre la classe propriétaire et la classe prolétarienne[1]. Ce principe de la lutte des classes, si cher à une certaine école socialiste très bruyante, est contraire du tout au tout aux données scientifiques, dont cette école a la prétention de s'inspirer directement; elle est la négation de la grande loi de solidarité sociale. Mais le crédit qu'a rencontré auprès de beaucoup d'esprits distingués ce principe de la lutte des classes est lui-même un fait dont le sociologue doit rendre compte, et qui s'explique facilement, si l'on voit dans la propriété, non pas un droit subjectif, mais un pouvoir objectif, qui fait des propriétaires une classe véritable, investie d'une force qui ne peut jamais appartenir aux non-propriétaires. Cette plus grande force, dont la classe propriétaire a le monopole, est aussi la vraie cause de la suprématie politique, qui est née pour elle de la Révolution, parce que le pouvoir politique n'est pas autre chose que le pouvoir des plus forts et que la puissance économique est, au moins de nos jours, la puissance par excellence[2].

Laissons de côté ces questions, et considérons la propriété individuelle en elle-même, telle qu'on la comprend de nos jours, indépendamment de son mode d'acquisition. Nous ne pouvons y voir à aucun point de vue une situation subjective. Il y a d'abord un fait économique : l'affectation exclusive d'une certaine richesse à une utilité individuelle. Cette affectation exclusive est-elle juste ou injuste, il n'y a pas à le rechercher. Puisqu'elle est et qu'elle persiste, c'est qu'elle est probablement conforme à la solidarité sociale telle qu'elle

1. Il est inutile de reproduire la littérature collectiviste moderne si abondante, et qui s'inspire tout entière du *Manifeste du parti communiste* de Karl Marx et Engels.

2. V. *infra*, chap. IV, § 2.

est comprise à un moment donné ; et en fait elle nous apparaît à l'heure actuelle comme un stimulant puissant des énergies individuelles et par suite comme un facteur actif de la solidarité par division de travail. Un acte d'affectation est la condition de la possibilité, pour certaines volontés individuelles, de vouloir juridiquement le maintien de cette affectation ; ce n'en est pas la cause génératrice, mais simplement la condition. Ces vouloirs sont juridiquement possibles, parce que la propriété est, d'après les conceptions de l'époque, un élément de solidarité sociale, de solidarité par division du travail. Toute volonté qui veut le maintien d'une propriété individuelle veut donc un but conforme à la règle de droit qui se confond avec la solidarité, et ce caractère d'un pouvoir vouloir juridiquement est précisément le caractère du pouvoir objectif, pouvoir continu, général et changeant comme la règle dont il émane.

Mais, la propriété ainsi comprise, indépendamment de son mode d'acquisition, est plus abstraite que réelle ; il importe surtout de saisir la cause de l'affectation exclusive d'une richesse à une certaine utilité, ou, suivant le langage des juristes, le mode d'acquisition de la propriété. Or tantôt l'affectation exclusive d'une richesse est reconnue directement par la loi, comme condition de certains faits non volontaires, le décès d'une certaine personne par exemple, ou volontaires mais non juridiques, notamment la possession sans intention. On parlera de cette situation au paragraphe suivant. Tantôt l'affectation exclusive d'une richesse à une certaine utilité paraît résulter au contraire d'une acte de volonté individuelle, d'un acte juridique. Primus, par hypothèse, propriétaire en vertu de la loi, transmet à Secundus la propriété d'une chose. Primus fait assurément un acte juridique. Or ne pourrait-on pas dire : ou la propriété n'est pas un pouvoir objectif, puisqu'elle naît

d'un acte individuel et que le pouvoir objectif ne peut naître que de la règle objective; ou l'acte de transmission n'est pas un acte juridique. Nous répondons : l'acte de transmission est un acte juridique; la propriété de Secundus comme celle de Primus est un pouvoir objectif, l'application d'une règle objective conditionnée par l'acte juridique de transmission. Les jurisconsultes allemands discutent la question de savoir si l'acte d'aliénation est l'exercice du droit subjectif appartenant au propriétaire, et ils apportent à cette discussion leur pénétration habituelle. L'un d'eux écrit : « L'aliénation du côté du propriétaire transfère la propriété, qui est par là l'objet de l'aliénation; par suite le pouvoir qui transfère la propriété ne peut pas être un élément de cette propriété... Ce qui est transféré ne peut pas être en même temps ce qui transfère. La propriété est la condition ordinaire pour l'efficacité juridique d'un acte de disposition sur cette propriété, mais non la source et le fondement de ce pouvoir[1]. » La question n'est pas bien posée; d'autre part la forme de la réponse ne nous plaît guère. Mais, au fond, la solution de Thon nous paraît tout à fait exacte. L'affectation d'une richesse à une utilité déterminée implique pour une certaine volonté le pouvoir de changer le bénéficiaire de ce profit; cette volonté pourra être, est même le plus souvent celle du bénéficiaire lui-même; elle peut être celle d'un autre, par exemple, si le bénéficiaire est un être incapable de vouloir en fait ou en droit, si le profit exclusif est attaché à un individu dépourvu d'intelligence ou à un intérêt collectif. Ce pouvoir de changer le bénéficiaire est un pouvoir objectif impliqué par la règle de droit, fondée sur la solidarité et qui admet

1. Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, p. 327, 1878. — Voir la bibliographie indiquée par l'auteur.

l'appropriation et la circulation des richesses. Cette volonté se manifeste dans la limite de son pouvoir objectif; cette manifestation est un acte juridique, créant une situation subjective, consistant dans l'obligation subjective pour une certaine volonté d'assurer immédiatement à un certain élément le bénéfice de la richesse appropriée. Voilà tout. Cet acte de volonté ne crée point et ne peut point créer un nouveau pouvoir objectif; le pouvoir objectif naît de la règle de droit; conditionné par la première appropriation exclusive, il subsiste intact. La volonté qui est investie de ce pouvoir n'est plus la même, qu'importe? C'est toujours le même fait d'appropriation, reconnu par la loi comme un élément de solidarité et impliquant pour certaines volontés des pouvoirs déterminés. Ou, si l'on veut, un pouvoir nouveau naît; il a le même caractère que le pouvoir ancien; il ne peut dériver de l'acte individuel, puisqu'il est un pouvoir objectif; et l'acte individuel n'est encore que la condition de l'application à nouveau de la règle de droit et de la naissance du pouvoir objectif, qu'elle renferme, au profit d'une volonté nouvelle, la volonté du nouveau bénéficiaire ou une autre volonté. En résumé, la propriété, de quelque manière qu'on l'envisage, qu'on la prenne en soi, abstraction faite de son mode d'acquisition, qu'on la considère au point de vue de ses modes d'acquisition ou de transmission, n'est pas un droit subjectif; elle n'est même pas, pour parler tout à fait exactement, un pouvoir objectif, elle est un fait, considéré à un moment donné de la vie d'un peuple comme un fait de solidarité, et par conséquent comme une condition d'un pouvoir objectif appartenant à certaines volontés individuelles.

Si cela est vrai, la lumière se projette sur bien des points restés obscurs ou imparfaitement expliqués. Ainsi il est généralement admis, en droit moderne, que

la propriété ne disparaît pas par un acte volontaire, ou par une abstention, par la *derelictio* du droit romain ou la prescription extinctive; c'est logique, car la propriété étant un fait, condition d'un pouvoir objectif pour une volonté, cette volonté ne peut pas effacer ce fait, ne peut pas supprimer ce pouvoir objectif, puisqu'elle ne peut pas empêcher l'application d'une règle de droit. La nature de la propriété étant ainsi comprise, cela explique très bien comment, depuis le droit romain, les lois positives et les jurisconsultes ont été amenés inconsciemment et comme malgré eux à confondre ce prétendu droit de propriété avec la chose elle-même, à considérer la chose appropriée et non la propriété elle-même, à parler du transfert de la chose et non de la cession du droit; le code civil, particulièrement, voit, dans la propriété des immeubles et des meubles, des immeubles et des meubles par nature. Et en effet il n'y a point de droit, il y a simplement une affectation de richesse; c'est précisément cette situation économique qui est reconnue par la règle de droit, en tant qu'elle entraîne un pouvoir objectif pour certaines volontés. Cela explique bien aussi pourquoi les Romains ont toujours soigneusement distingué l'acte générateur d'une créance et l'acte dit translatif de propriété, pourquoi toutes les législations modernes organisent des procédés techniques spéciaux pour la constatation sociale du transfert et de la constitution de la propriété. Ces systèmes varient suivant les différentes législations positives; ils se rattachent tous au même principe aperçu plus ou moins nettement par le législateur : la propriété est un fait économique, qui est la condition d'un pouvoir objectif; il importe que ce fait soit socialement constaté

Reste une dernière conséquence d'une importance capitale. La propriété n'est pas un droit subjectif; elle

est un fait condition de pouvoirs objectifs, et cela, quel que soit le mode de constitution de la propriété. Qu'on ne nous parle donc pas d'un droit réel, *acquis* à telle ou telle personne d'une manière incommutable et intangible ; il y a seulement un *état*, un pouvoir objectif, en voie de continuelle évolution comme la règle de droit qui l'implique. Toute transformation du droit objectif réagira sur le régime de la propriété, privée ou collective, acquise à titre gratuit ou à titre onéreux. Sans doute la situation subjective créée par un acte d'acquisition ne peut être modifiée par une loi nouvelle; mais cela ne touche pas le régime même de la propriété ; c'est une toute autre question. L'Etat touchant à la propriété par un acte individuel pourra se voir opposer le pouvoir qui appartient à une certaine volonté d'écarter les atteintes faites à une appropriation. Mais l'Etat, faisant une loi par voie générale, formule simplement la règle de droit[1], constate les modifications qu'elle reçoit de l'évolution continuelle des sociétés et les modifications que subissent en même temps les pouvoirs objectifs qui émanent de cette règle. Quelque paradoxales que paraissent ces conclusions, chaque jour les législations positives en font l'application. Les lois par exemple qui modifient le régime de la propriété en établissant des servitudes dites d'utilité publique s'appliquent à toutes les propriétés, même à celles acquises antérieurement à leur promulgation. En effet elles ne touchent pas une situation subjective; elles modifient une règle de droit et en même temps, forcément, les pouvoirs objectifs qui s'y rattachent. Et si l'on imagine une loi positive, répondant exactement à une tranformation sociale et modifiant entièrement le régime actuel de la propriété, nul ne pourrait se

1. Cf. *infra*, chap. VI et VII.

plaindre en invoquant un prétendu droit subjectif acquis, lequel n'existe point.

En résumé, tout acte de volonté individuelle déterminé par un motif reconnu légitime par le droit objectif, donne naissance à une situation juridique subjective. Cette situation n'est point un rapport entre deux prétendus sujets ; elle implique seulement une volonté individuelle qui a voulu légitimement un certain agissement, une certaine volonté qui est obligée d'accomplir cet agissement, un élément qui en retire profit, une force qui peut et doit, si elle existe, être employée à en assurer la réalisation. Mais de plus il arrive souvent que cet acte juridique est en même temps la condition d'application d'une règle de droit et de la naissance d'un pouvoir objectif, qui ne dérive point de l'acte, mais n'est que la règle elle-même appliquée et se trouve soumis aux mêmes vicissitudes que cette règle.

VII

On a supposé jusqu'à présent une manifestation de volonté individuelle, déterminée par un but conforme à la règle de droit. Mais en fait il y a des milliers et des milliers de manifestations volontaires individuelles, qui sont déterminées par des buts non conformes à la règle de droit. Si le but déterminant est indifférent, eu égard à la règle de droit, cette manifestation de volonté individuelle ne nous intéresse pas ; cet acte ne peut évidemment être ni la condition d'un pouvoir objectif, ni la cause génératrice d'une situation juridique subjective. Cela est vrai, quel que soit l'auteur de cette manifestation volontaire, que ce soit un simple par-

ticulier, que ce soit un gouvernant. De ce que l'acte émane d'un gouvernant, il n'acquiert pas le caractère juridique, s'il est déterminé par un but indifférent à la règle de droit. L'acte émane d'un individu plus fort que les autres, mais la volonté de cet individu n'a pas en soi des qualités, qui manqueraient à celle des autres; l'auteur de l'acte pourra imposer sa volonté par la force; mais sa volonté n'acquiert pas de cela le caractère juridique[1]. L'acte du gouvernant apparaît souvent comme un ordre; mais ce n'est point cette apparence qui lui donne le caractère juridique. Ainsi les gouvernants accomplissent dans la vie quotidienne, en qualité de gouvernants, une quantité d'actes indifférents quant au droit, et pour lesquels d'ailleurs, le plus souvent, ils n'ont point l'intention de faire un acte juridique. Auraient-ils cette intention, elle serait sans effet, pour la raison que l'on vient de dire. On peut citer, à titre d'exemple, les nombreuses opérations matérielles que font, dans un grand pays, chaque jour, les agents étatiques, les simples circulaires qu'adressent les supérieurs hiérarchiques à leurs subordonnés, déterminant les conditions dans lesquelles doivent être effectuées ces opérations matérielles. Laband examine assez longuement le caractère des simples dispositions instructionnelles, adressées par un supérieur à son inférieur, et il conclut à leur caractère d'actes administratifs[2]. Elles n'ont certainement pas le caractère de loi; elles ne sont même pas des actes administratifs, car l'acte administratif ne peut être qu'un acte juridique[3], et ici l'acte est déterminé par un but considéré, dans la pensée même de son auteur, comme indifférent à la règle de droit. De même chaque particulier accom-

1. Cf. *infra*, chap. v et vi.
2. Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 666, 3e édit., 1895.
3. Cf. *infra*, chap. vi, §§ 1-4.

plit à tout instant de sa vie un nombre indéfini d'actes, qui sont absolument indifférents au point de vue juridique, qu'il pourrait faire ou ne pas faire à son choix, sans que la solidarité sociale s'en trouvât en quoi que ce soit affectée. Et c'est ainsi que tombe l'objection faite souvent par les auteurs, qui soutiennent que ce n'est point la volonté qui produit les effets de droit, mais seulement l'ordre de droit, la règle objective, la loi positive quand elle existe. Nous pensons que c'est la volonté individuelle seule qui donne naissance à une situation juridique, ou plutôt qu'il ne peut y avoir de situation juridique subjective, que lorsqu'il y a une manifestation de volonté individuelle[1]. Mais cela ne veut pas dire qu'il y ait un effet juridique produit toutes les fois qu'il y a un acte de volonté, toutes les fois même qu'il y a volonté individuelle de créer des effets de droit; il faut que cet acte de volonté individuelle soit déterminé par un but conforme à la règle de droit, un but de solidarité[2]; la volonté est sans effet si elle est déterminée par un but qui ne touche en rien à la solidarité sociale[3].

Parmi les manifestations de volonté, qui sont déterminées par un but non conforme à la règle de droit, les seules, par conséquent, qui nous intéressent sont celles qui sont déterminées par un but contraire à la règle de droit. A la suite d'une semblable manifestation se produit assurément un phénomène juridique. Est-ce un pouvoir objectif qui naît, ou est-ce une situation subjective qui est créée? Peu importe pour le moment. Ce phénomène se traduit toujours en une obligation pour une certaine volonté, celle de l'auteur

1. Cf. *infra*, chap. VII, §§ 6 et 7, la discussion de la question au point de vue de la loi positive.
2. V. *supra*, chap. II, § 1.
3. Cf. Windscheid, *Pandekten*, t. I, p. 167, note 1, 7e édit., 1891.

de l'acte ou celle d'un autre, de réparer l'atteinte portée à la solidarité sociale, et pour certaine volonté en un pouvoir d'obtenir une réparation. Ce pouvoir, ce devoir de réparation pour une certaine volonté existeront certainement. Parfois, outre l'obligation de réparation, naît pour une certaine volonté, qui peut mettre en mouvement une force matérielle, plus grande que celle dont dispose l'auteur de l'acte, le pouvoir d'employer contre l'auteur de l'acte cette force, pour lui infliger une répression, destinée à éviter de la part de l'auteur de l'acte par le châtiment, et de la part de tous autres par l'intimidation, le retour d'une pareille atteinte à la solidarité sociale.

Dans quel cas la règle de droit est-elle conçue comme imposant seulement une obligation de réparation, ou comme impliquant en outre un pouvoir de répression? Ou sous une autre forme, quel est le domaine de la règle pénale, du droit pénal au sens objectif? Question débattue depuis des siècles, sans que l'on soit arrivé à s'entendre. Laissons de côté les doctrines *a priori*. Aujourd'hui les sociologues les plus autorisés enseignent que le domaine du droit répressif ou pénal coïncide avec celui de la solidarité sociale par similitudes. L'esprit humain aurait conçu et admis le pouvoir de répression, toutes fois qu'un acte de volonté individuelle était une atteinte à la solidarité par similitudes, et seulement l'obligation de réparation au cas d'atteinte à la solidarité par division du travail. M. Durkheim, résumant toute sa théorie à cet égard, écrit : « Les règles que sanctionne le droit pénal expriment donc les similitudes sociales les plus essentielles ; par conséquent il correspond à la solidarité sociale qui dérive des ressemblances et varie comme elle [1]. »

1. Durkheim, *Division du travail social*, p. 463 et p. 73-112, 1893.

C'est bien aussi la même idée, qui paraît dominer les études de M. Tarde sur la criminalité[1]. Assurément cette conception contient une grande part de vérité. Mais nous ne pensons pas cependant que l'on puisse formuler une proposition aussi absolue. La formation et l'évolution de la conscience pénale est certainement plus complexe, et M. Durkheim ne nous paraît pas établir la correspondance exacte de la notion de répression pénale et de la notion de solidarité par similitudes; notre savant collègue est plus près de la vérité quand il définit le crime : « tout acte qui offense les états forts et définis de la conscience collective[2] » ; il déclare, il est vrai, que par conscience collective il entend simplement l'ensemble des similitudes sociales ; mais c'est restreindre sans raison la portée de cette expression, et la conscience collective, qui, pour nous, a toujours pour support l'individu, n'est-elle pas la conscience de tous les liens sociaux, aussi bien des liens de similitudes que des liens de division du travail? Pourquoi l'atteinte à la solidarité sociale par division du travail, fortement comprise, ne serait-elle pas un crime aussi bien que l'atteinte à la solidarité par similitudes? Ce qui tendrait à le prouver, c'est qu'on ne constate nullement une régression du droit pénal, correspondante à l'accroissement de la solidarité par division du travail, dans les sociétés modernes. Mais peu importe la solution de cette question trop complexe pour être examinée ici. Il est certain que lorsqu'une manifestation de volonté individuelle a lieu, déterminée par un but contraire à la règle de droit, tantôt il naît pour une volonté, un pouvoir de répression, tantôt simplement pour certaines volontés une obligation de réparation et

1. Tarde, *Philosophie pénale*, 1891. — Cf. *Lois de l'imitation*, 1890.
2. Durkheim, *loc. cit.*, p. 85.

un pouvoir de vouloir une réparation. Si l'on désigne du nom de délit, tout acte de volonté déterminé par un but contraire à la règle de droit, la question suivante se pose : Le délit est-il en lui-même la cause génératrice de ce pouvoir de répression, de ce devoir et de ce pouvoir de réparation?

Supposons d'abord un délit qui, d'après la conception juridique d'une époque et d'un pays donnés, entraîne un pouvoir de répression. Notre question reste la même, quel que soit le détenteur de la force suffisante pour imposer matériellement cette répression, que cette force ait acquis le caractère étatique par la permanence, le monopole et l'organisation, ou qu'elle soit restée à l'état inorganique et changeant. Ce pouvoir de répression est certainement un pouvoir juridique; mais il est certain en même temps qu'il ne peut résulter de l'acte de volonté qui constitue le délit. La volonté, qui intervient dans le délit, ne peut être aucunement une volonté juridique, puisque par définition même le délit est une violation de la règle de droit, une atteinte à la solidarité sociale, un acte déterminé par un but contraire à la règle de droit. Même si, par impossible, on imaginait un délit commis avec l'intention de produire certains effets de droit, de donner naissance au pouvoir juridique de répression, ce pouvoir assurément prendrait naissance, mais il n'aurait pas certainement pour cause efficiente la volonté qu'a eue tel individu de lui donner l'être par un délit. Ce n'est pas la volonté en soi qui est efficace en droit, mais seulement la volonté conforme à la solidarité sociale; ici la volonté individuelle s'insurge au contraire contre la solidarité sociale; elle est impuissante à engendrer un effet de droit quelconque. Comme le dit très justement Thon : « Le délit, même accompli dans le but de produire une conséquence juridique, est toujours en contradiction

avec un impératif de l'ordre juridique et partant ne peut produire aucune conséquence juridique[1]. »

Ce pouvoir d'imposer une répression, ne naissant pas de l'acte délictuel, ne peut par conséquent dériver que de la règle de droit. Mais ce pouvoir de répression n'est-il pas un droit subjectif? A la suite d'un délit ne naît-il pas une situation juridique subjective? S'il en est ainsi, tout ce qui a été dit précédemment se trouve renversé. Une situation juridique subjective peut donc naître directement de la règle de droit? Et la loi positive constatant la règle de droit pourra par elle-même créer une situation subjective? Il reste donc à établir que le pouvoir de répression, qui naît à la suite d'un délit, est un pouvoir objectif, que le délit n'est qu'un simple fait, intéressant au point de vue du droit, parce qu'il est la condition de la naissance d'un pouvoir objectif, de l'application d'une règle objective.

Un délit infraction est accompli; il naît seulement un pouvoir objectif de répression, non une situation subjective. S'il y en avait une, on devrait, d'après une expression commode, considérer l'auteur du délit comme débiteur de la peine, dès que l'infraction a été commise. Or il n'en est point ainsi. Si l'infracteur se trouvait immédiatement débiteur de la peine, toute une série de faits certains seraient absolument inexplicables. D'abord comme le fait très justement observer Binding[2], il en résulterait que le délinquant, qui par une évasion essaierait de se soustraire aux recherches dirigées contre lui, d'éviter ce que l'on peut appeler le payement de la peine, porterait atteinte à une situation juridique. Or il

1. Thon, *Rechtnorm und subjectives Recht*, p. 27, 1878. — Cf. Shlossmann, dans *Zeitschrift für das Privat-und öffentliches Recht*, de Grünhut, t. VIII, p. 543, 1880.

2. Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, p. 12 et 66, 1887; et *Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts*, t. I, p. 58 et suiv., 5e édit., 1897.

n'en est point ainsi ; on n'a jamais nulle part considéré le coupable, qui cherche à ne pas être arrêté, comme violant une situation de droit ; il n'est donc pas, du fait seul de l'infraction, débiteur de la peine. D'autre part il est unanimement admis aujourd'hui dans tous les pays civilisés (quoique la règle soit trop souvent violée en fait), que l'individu prévenu d'une infraction est présumé innocent jusqu'à ce qu'il soit condamné, que ce n'est point à lui de démontrer son innocence, mais à celui qui l'accuse de démontrer sa culpabilité. La situation juridique subjective ne naît donc que lorsque sur cette preuve s'est régulièrement produite une manifestation de volonté, déterminée par le but légitime de répression, et ayant pour objet le châtiment de celui qui est reconnu coupable. L'infraction est un fait, qui conditionne l'application d'une règle de droit, laquelle implique, soit pour toute personne plus forte que l'auteur du délit, soit pour le détenteur de la force organisée, le pouvoir de vouloir légitimement l'application d'une peine. La situation juridique subjective n'apparaît que lorsque le pouvoir de vouloir s'est traduit à l'extérieur. Dans une société organisée étatiquement, ce pouvoir de vouloir se traduit à l'extérieur par la condamnation, qui est vraiment un acte juridique, créant une situation subjective et non point la simple constatation d'une situation subjective déjà existante[1]. Ce caractère de toute condamnation pénale nous donne la raison pour laquelle la loi appliquée à une infraction est en principe celle en vigueur au moment de la condamnation, et non la loi en vigueur au moment de l'infraction. Sans doute, si la loi en vigueur au moment de la condamnation prononce une peine plus forte, il est de règle d'appliquer la loi en vigueur au moment de

1. V. *infra*, chap. VI, §§ 1-4.

l'infraction. Mais c'est là une disposition exceptionnelle, adoptée en général par le législateur positif en faveur de l'accusé. D'autre part, si au moment où tel fait est commis, aucune loi ne le punissait, aucune condamnation ne peut intervenir plus tard, même si une loi nouvelle est faite, prévoyant et réprimant des actes identiques[1]. En effet l'acte au moment où il est commis est indifférent au droit; il n'a pu être la condition de l'application d'une règle de droit, et par conséquent il n'a pu naître, au profit de qui que ce soit, un pouvoir objectif de vouloir juridiquement une répression[2].

Quelques auteurs ont prévu l'hypothèse suivante que nous signalons seulement à titre de curiosité juridique. Primus héritier présomptif de Secundus lui enlève la vie, dans l'intention de recueillir sa succession. Ne peut-on pas dire qu'en pareil cas il y a un délit infraction qui donne véritablement naissance à une situation juridique subjective[3]? Non. D'abord il faudrait établir que la vocation héréditaire constitue un droit subjectif, et, on essaiera de le démontrer bientôt, il n'en est point ainsi. D'autre part, en posant la question, dont la solution ne nous paraît pas douteuse, on confond deux choses. Il y a effectivement deux actes de volonté, et aucun des deux ne peut être un acte juridique. D'une part Primus veut commettre un meurtre, délit infraction bien caractérisé et qui en soi ne peut produire aucun effet de droit; d'autre part, Primus veut s'approprier par voie héréditaire le patrimoine de Secundus; il ne peut pas vouloir légitimement cela tant que Secundus est encore vivant; sa volonté sera donc sans aucun effet juridique. Il y a deux faits, le délit et la mort qui seront chacun condition d'application de

1. *Déclaration des droits* de 1789, art. 8; Code pénal, art. 4.
2. Cf. Garraud, *Traité de droit pénal*, t. I, p. 236 et suiv., 2e édit., 1898.
3. Schlossmann, *Zeitschrift*, de Grünhut, t. VII, p. 543, 1880.

règles de droit différentes, impliquant des pouvoirs objectifs différents.

Tout ce qui précède est vrai du délit civil, c'est-à-dire du délit qui est simplement la condition de la naissance d'un pouvoir et d'un devoir de réparation. Pas plus que le délit infraction, le délit civil ne peut être par lui-même la cause génératrice d'une situation juridique subjective. Cependant la vieille théorie des civilistes, héritée du droit romain, range les délits et les quasi-délits civils parmi les causes d'obligations au même titre que les contrats : c'est toujours la volonté qui engendre l'obligation, la volonté conforme à la loi dans le contrat et le quasi-contrat, la volonté contraire à la loi dans le délit et le quasi-délit; un rapport de droit subjectif naît entre l'auteur volontaire du délit et la victime du préjudice occasionné par ce délit; dans le contrat et le quasi-contrat, c'est la volonté d'un fait licite ; dans le délit et le quasi-délit, c'est la volonté d'un fait illicite[1]. Or, d'une part, pour les raisons exposées précédemment, il est impossible de voir dans la volonté de l'auteur du délit la cause de la responsabilité, puisqu'ici comme précédemment la volonté est précisément déterminée par un but contraire au droit objectif; et d'autre part, sous l'empire des nécessités de la pratique, la doctrine, la jurisprudence et la loi positive modernes sont amenées de plus en plus à admettre une responsabilité, que l'on qualifie d'objective, et qui ne se rattache nullement à un fait volontaire[2]. Il

1. Baudry Lacantinerie et Barde, *Des Obligations*, t. I, p. 3, 1897. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. I, p. 746 et 754, 4e édit. —

2. Cf. Saleilles, *les Accidents de travail et la responsabilité civile*, 1897 ; — *Année sociologique*, publiée par M. Durkheim, 1897-1898, p. 378 et suiv.; — Hauriou, *Responsabilité de l'Etat*, dans la *Revue du droit public*, 1896, t. III, p. 51, et note dans Sirey, 1900. III, p. 1 ; — Michoud, *Responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents*, dans

suffit de rappeler le principe de la responsabilité du patron fondée sur le risque professionnel, consacré par la loi française du 9 avril 1898, et par diverses lois étrangères, et la responsabilité, dite responsabilité de l'Etat, fondée sur le risque administratif, que la doctrine et la jurisprudence tendent à admettre de plus en plus et dont la loi du 20 juillet 1899 sur la responsabilité civile des membres de l'enseignement public ne fait que régler une application. N'y a-t-il pas même au Code civil, d'après la combinaison des paragraphes 3 et 5 de l'article 1304, un véritable cas de responsabilité objective, résultant d'un fait de risque, et aucunement d'un acte ou omission volontaire, puisque les maîtres et commettants ne sont pas recevables à s'exonérer de la responsabilité du fait de leurs domestiques et préposés, en prouvant qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité [1]. Ainsi, même au point de vue de certaines lois positives, il est impossible de rattacher la responsabilité délictuelle à un acte de volonté, et de plus en plus sous l'empire des nécessités pratiques, on tend à objectiver la responsabilité, en la rattachant à un simple fait de risque. Cet effet juridique, connu sous le nom de responsabilité délictuelle, ne peut donc à aucun point de vue dériver d'un acte de volonté individuelle.

Mais on se trouve alors en présence de la même objection que précédemment : la responsabilité délictuelle ne découlant pas de l'acte de volonté ne peut provenir que de la règle de droit; or elle est une situation juridique subjective, donc la règle de droit

la *Revue du droit public*, 1895, t. I, p. 401 et suiv., et t. II, p. 1 et suiv., 250 et suiv., et la bibliographie rapportée ; — Löning, *Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten*, 1879 (un peu vieilli).

1. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, p. 671, 4e édit.

peut donner directement naissance à une situation subjective. Il reste par suite à établir que cette responsabilité ne constitue pas une situation subjective, que le fait auquel elle se rattache est seulement la condition de l'application d'une règle objective et de la formation d'un simple pouvoir objectif.

Un dommage a été occasionné par un acte intentionnel ou un fait non intentionnel; alors se trouve réalisée la condition d'application d'une règle de droit objectif, qui implique pour certaines volontés le pouvoir de vouloir légitimement la réparation de ce préjudice, c'est-à-dire un pouvoir objectif, le pouvoir de vouloir la formation d'une situation juridique subjective, de laquelle naîtra pour une certaine personne l'obligation subjective d'assurer la réparation de ce dommage et pour un certain élément le profit de cette réparation. Il n'y aura une situation subjective qu'à partir du moment où intervient un acte de volonté individuelle, qui fait naître, parce qu'il est conforme au droit objectif, l'obligation pour une volonté déterminée de réparer le dommage causé. Tant qu'une volonté individuelle ne s'est pas manifestée, demandant la réparation du préjudice causé, on ne voit point de créance, point de dette; la dette, la créance n'apparaîtront que lorsque la volonté, légitimement compétente pour vouloir le rétablissement des choses en l'état, s'est affirmée; alors seulement il y a une situation juridique subjective. Cela est vrai même au point de vue de la législation positive : aucun acte d'exécution n'est passible, tant qu'il n'y a pas eu de manifestation de volonté légitimement constatée et tendant à la réparation du préjudice causé. Cela est incontestable et incontesté. Après le préjudice causé, nous apercevons un pouvoir objectif de vouloir la réparation du préjudice. Le législateur du 9 avril 1898 voit bien là un pouvoir objectif quand

il déclare que toute convention contraire à la présente loi est nulle de plein droit (art. 30). Ce pouvoir est si peu un droit subjectif que la loi applicable n'est point la loi en vigueur au moment où se produit le dommage, mais la loi en vigueur au moment où se manifeste la volonté de créer une situation subjective impliquant l'obligation de réparer le dommage. Le pouvoir, conditionné par le fait dommageable, suivra les variations de la règle de droit; M. Planiol écrit très justement : « L'étendue, la nature, le mode d'exercice de nos droits et de nos charges peuvent à tout moment être modifiées par une loi nouvelle ; c'est dans de rares hypothèses et pour des raisons particulières... qu'ils continuent à être régis par une loi abrogée[1]. » Ainsi la doctrine, qui ne prétend qu'interpréter le droit positif, arrive peu à peu à abandonner la notion du droit acquis, à n'admettre qu'un pouvoir de vouloir soumis à toutes les variations de la règle de droit, précisément le pouvoir que nous avons qualifié de pouvoir objectif.

L'analyse qui précède, appliquée à des faits certainement non volontaires, comme la naissance, la mort nous conduit à des conséquences identiques. Ces faits ne sont point générateurs d'une situation juridique subjective; ils sont simplement la condition matérielle de l'application d'une règle de droit, application d'où résulte un pouvoir et un devoir objectifs. La mort par exemple n'investit pas l'héritier d'un droit subjectif, mais seulement du pouvoir objectif de vouloir juridiquement acquérir la succession. Et dirait-on que par l'effet même de la mort l'héritier est investi de la propriété des biens héréditaires, admettrait-on que l'héritier est investi de cette qualité de propriétaire sans pouvoir la refuser, comme l'*heres necessarius* du droit

1. Planiol, *Droit civil*, t. I, p. 96, 1900.

romain, le décès ne ferait point acquérir de plein droit à l'héritier un droit subjectif, puisqu'il a été établi[1] que le prétendu droit de propriété est simplement une situation économique, impliquant seulement un pouvoir objectif. Ce pouvoir, qu'on peut appeler le pouvoir héréditaire, reste soumis à toutes les variations de la règle objective : que si la règle change, le pouvoir change aussi ; que si une loi supprime ou modifie l'ordre successoral établi, il n'y a pas de raison pour qu'elle ne s'applique pas aux successions déjà ouvertes au moment de sa promulgation. Le Code civil français a-t-il ainsi compris la situation de l'héritier ? On n'oserait l'affirmer ; mais là n'est pas la question; notre Code tout entier est inspiré de la théorie individualiste, qui voit dans la propriété un droit naturel subjectif; il a donc peut-être considéré le droit de l'héritier comme un droit subjectif, existant du jour de l'ouverture de la succession. Et cependant on a pu soutenir que même au point de vue de l'interprétation positive du Code civil, l'héritier n'était point investi par la mort du *de cujus*, avant d'avoir manifesté sa volonté, d'un droit véritable, mais simplement titulaire du pouvoir de manifester juridiquement sa volonté en vue de l'acceptation ou du refus de la succession[2].

Il est aussi impossible d'admettre que par le fait même de la naissance un individu se trouve investi de droits subjectifs. Ce serait retomber complètement dans la théorie individualiste pure. La naissance n'est par elle-même la source d'aucun droit. Elle est un fait; elle provoque un élément dont l'intérêt peut avoir une valeur sociale, et elle conditionne pour certains individus le pouvoir de vouloir juridiquement en vue de cet élément. L'*infans*, l'enfant simplement conçu ne peuvent

1 *Supra*, chap. III, § 6.
2. Verdier, *Du Droit héréditaire* (thèse), 1899.

point être considérés comme des sujets de droit ; une affectation de richesse peut être faite à leur profit, parce qu'elle est un élément de solidarité sociale ; et, par conséquent, une certaine volonté individuelle peut juridiquement vouloir cette affectation, parce qu'elle sera alors déterminée par un but de solidarité sociale. Affirmer que la naissance, que la conception sont causes génératrices de droit subjectif, c'est aller contre la réalité ; c'est reproduire l'artificielle doctrine des droits naturels.

Les faits non volontaires et les actes volontaires, déterminés par un but contraire à la règle de droit, ne peuvent donc être, à aucun titre, générateurs d'une situation juridique subjective ; ils sont simplement, la condition d'application d'une règle objective, impliquant pour certaines volontés un pouvoir objectif, avec tous les caractères définis précédemment.

CHAPITRE IV

LES GOUVERNANTS

I. Caractères artificiels de la théorie juridique ordinaire de l'Etat. — II. Distinction des gouvernants et des gouvernés. — III. Devoirs objectifs des gouvernants. — IV. Pouvoirs objectifs des gouvernants. — V. Principales conséquences pratiques : devoirs négatifs. — VI. Devoirs positifs. — VII. Sanction des devoirs objectifs des gouvernants.

Solidarité sociale par similitudes et par division du travail, règle de droit, pouvoir juridique objectif, situation juridique subjective ; ces différentes notions ont pu être déterminées indépendamment de la conception d'un Etat, par la simple observation des faits de conscience individuelle et des manifestations extérieures des volontés individuelles. Ces notions se suffisent donc à elles-mêmes ; elles ne sont pas dérivées d'une notion qui serait supérieure et plus compréhensive, la notion d'Etat. Au contraire, le concept d'Etat procède de ces notions primaires, et, s'il répond à une réalité, cette réalité est limitée par ce qu'il y a de réel dans la solidarité sociale, la règle de droit, le pouvoir objectif et la situation juridique subjective. L'homme a conçu le droit avant de concevoir l'Etat, et non l'Etat avant de concevoir le droit. S'il en était autrement, il nous aurait été impossible de rendre compte des notions de droit en faisant abstraction de l'Etat. La notion de droit, dans le sens objectif et dans le sens subjectif, est donc antérieure et supérieure à la notion d'Etat[1]. Cette idée de droit vaut par elle-

1. Sur la priorité du droit, cf. Kohler, *Zeitschrift für vergleich. Recht*, t. VIII, p. 323, 1887.

même; elle se suffit à elle-même, et, d'après l'expression allemande, elle est une notion autonome. En est-il ainsi de la notion d'Etat? Pour répondre, il faut isoler le concept et voir quel en est le contenu propre. C'est la méthode déjà appliquée; elle nous a permis de dégager ce qu'il y a de réel dans les notions juridiques; elle nous permettra aussi de préciser ce qu'il y a de réel dans cette notion d'Etat. Sans doute il faut étudier les faits sociaux avant tout par les représentations que s'en forme l'esprit humain. Mais en même temps beaucoup de ces représentations ont quelque chose d'artificiel, qu'il s'agit de déterminer. L'observateur social doit pénétrer au fond des consciences individuelles, mais ne point négliger la matérialité des faits; ce sont les faits qu'il étudie, mais les faits en tant qu'ils se reflètent dans les consciences individuelles. Ainsi pour la notion d'Etat, par-dessus la notion simple, irréductible, répondant à la réalité vraie, sont venues se superposer une série de concepts artificiels, qu'il faudra préciser et dont il faudra surtout montrer les causes historiques. Au premier rang se placent la personnalité et la souveraineté de l'Etat. Prises en elles-mêmes, ces idées de personnalité et de souveraineté ne doivent point être négligées; elles se sont manifestées à l'extérieur, dans les législations positives, dans les doctrines philosophiques et juridiques; elles ont eu des conséquences sociales. Mais il importe cependant de marquer tout ce que ces notions ont de faux et d'artificiel, de préciser leurs origines historiques et de montrer comment, nées d'une situation sociale particulière, elles ont survécu quoique surannées, aux causes contingentes qui les ont produites.

A beaucoup d'esprits modernes, et des meilleurs, l'Etat apparaît comme une sorte d'être tout-puissant, qui crée le droit, qui peut à son gré faire qu'une chose soit permise ou défendue, qui peut modifier les phénomènes économiques, qui peut, suivant son bon plaisir, faire régner sur la terre la justice et le bonheur, ou l'injustice et la douleur. C'est le Léviathan de Hobbes, pétrissant le monde social à sa guise. Ou bien c'est cette personne collective des écoles allemandes, personne vraiment existante, plus puissante que les individus, parce le tout est plus grand et plus fort que les parties, qui dirige la civilisation, la culture, et crée le droit, personne qui est sans doute limitée dans son action par le droit, mais dans la mesure où elle le veut bien; elle se limite elle-même dans son propre intérêt; elle est souveraine, c'est-à-dire elle ne se détermine que par sa propre volonté[1]. Tout au plus reconnaît-on avec Gierke[2] et les derniers représentants de l'école individualiste que l'individu possède une certaine sphère d'autonomie, dans laquelle la personne Etat ne peut intervenir; mais on n'établit point le fondement de cette autonomie individuelle et on en restreint chaque jour les limites. Etre collectif tout-puissant, n'ayant de limite que sa propre volonté,

1. V. *supra*, doctrine de Ihering et de Jellinek, chap. II, § 4. On a vu que dans son nouvel ouvrage, *Allgemeine Staatslehre*, Jellinek cependant paraît admettre une limitation juridique de l'Etat supérieure à lui-même. Cependant, p. 327, l'auteur déclare que dans le fait de l'existence étatique le droit a sa limite infranchissable.

2. V. la doctrine de Gierke, chap. II, § 5.

arrêté quelquefois cependant par une force économique ou physique plus grande que la sienne, soumis peut-être à une loi morale, mais maître absolu de la loi juridique, être personnel qu'on n'a jamais vu, mais dont on affirme l'existence, être qui pense, qui veut, qui agit, qui, disposant des personnes et des choses, crée le droit et règle la marche de la civilisation; Etat personne collective souveraine. Ces quelques mots résument la plupart des théories modernes de l'Etat. Il n'entre point dans notre dessein d'exposer en détail ces doctrines. Cependant on tient à noter d'une manière précise les dernières solutions de la doctrine allemande à cet égard, parce qu'elles exercent une action regrettable, selon nous, sur la jeune école française de droit public. On fera ce très rapide exposé surtout d'après un livre récemment publié en Allemagne, sur la théorie générale de l'Etat, le livre très remarquable de Rehm, qui forme l'introduction de la seconde partie du grand manuel de Marquardsen et présente un tableau fidèle des doctrines actuellement dominantes au-delà du Rhin [1].

D'après Rehm, on peut concevoir l'Etat à un triple point de vue, au point de vue philosophique, politique, juridique. Quelle est de ces trois conceptions la plus importante pour la science? Celle qui exprime le mieux ce fait que l'Etat est une chose d'expérience, une manifestation empirique. Or il est certain que ce n'est ni la conception philosophique, ni la conception politique, parce que dans ces conceptions il entre un élé-

1. Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, volume d'introduction de la 2e partie, de *Handbuch des öffentlichen Rechts*, de Marquardsen, 1899. — Au moment où nous écrivions ces lignes, l'ouvrage de Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, n'avait pas encore paru. Depuis, ce livre impatiemment attendu a été publié; et nous avons déjà indiqué quelques-unes des idées qui y sont exposées. Les ouvrages de Rehm et de Jellinek contiennent ainsi les théories les plus récentes émises en Allemagne sur la nature juridique de l'Etat.



ment subjectif au premier chef. La conception juridique doit donc être la conception dominante parce que seule elle répond à des éléments objectifs. La conviction, que l'élément juridique est l'élément capital pour la connaissance de la nature de l'Etat, s'exprime nettement dans la définition dominante de l'Etat, définition qu'on ne trouve pas seulement chez les juristes, mais aussi dans les écrits philosophiques, éthiques, économiques et politiques, et qui consiste à dire que « l'Etat est la plus haute de toutes les collectivités humaines ». En donnant cette définition, toutes les sciences ont en vue, non pas la collectivité qui a la valeur la plus haute, mais celle qui a la puissance la plus élevéé. Une collectivité a la puissance la plus élevée quand elle possède le pouvoir sur toutes les autres collectivités; et elle le possède dès que l'influence qu'elle exerce sur la détermination de volonté de toute autre collectivité est supérieure à celle que celle-ci exerce sur elle ; elle a ainsi non seulement une action contre les autres collectivités, mais un pouvoir de puissance sur elles; et celles-ci lui sont subordonnées. Mais cette puissance a-t-elle seulement un caractère matériel, politique ou aussi le caractère juridique. Il n'est pas douteux que tous les auteurs, qui donnent cette définition de l'Etat considèrent la puissance suprême dont ils parlent comme une puissance juridique. On arrive ainsi à ceci : d'après la théorie régnante de l'Etat, on doit le définir la collectivité qui se trouve en possession de la puissance suprême, et par là on doit entendre une puissance de droit.

Cette définition, dit Rehm, est-elle exacte ? Si elle l'est, il ne peut y avoir à côté de l'Etat aucune collectivité ayant une puissance juridique aussi haute, et audessus de l'Etat aucune collectivité ayant une puissance

supérieure. Or, en jetant un coup d'œil sur les formations étatiques passées et présentes, on peut sérieusement se demander s'il n'y a pas eu et s'il n'y a pas encore des collectivités égales et supérieures à l'Etat, collectivités dont la nature diffère de celle de l'Etat ou concorde avec elle. L'élément distinctif de ces collectivités se trouve dans la diversité de leur but et de leur structure. Comme exemple de collectivités supérieures, Rehm indique l'Eglise catholique au XIII[e] siècle et la communauté internationale moderne; puis il s'explique sur la situation des Etats membres d'une confédération ou d'une fédération, des Etats protégés. Il y a donc en fait des communautés subordonnées qui doivent être considérées comme des Etats. A quel critérium reconnaîtra-t-on qu'elles sont des Etats? Il y a une simple communauté, sans caractère d'Etat, quand le rapport de cette communauté avec la communauté supérieure se détermine, en cas d'absence de règle spéciale, d'après les mêmes règles que les rapports de l'individu avec cette communauté supérieure, c'est-à-dire d'après le droit étatique (droit public); au contraire la communauté subordonnée forme un Etat, quand on applique à ces rapports avec la communauté supérieure, non pas le droit public qui régit les rapports avec les sujets, mais le droit international. Ou sous une autre forme: empiriquement les Etats sont des corporations territoriales qui, dans leurs rapports avec d'autres corporations territoriales, sont régis totalement ou partiellement par le droit qui s'applique aux communautés complètement indépendantes les unes des autres. Il y a donc deux espèces d'Etats, les Etats complets avec une indépendance absolue, les Etats incomplets qui n'ont pas une indépendance absolue.

Mais la notion d'Etat comprend encore d'autres éléments. D'abord on doit se demander si le but n'est pas

un élément de la notion d'Etat. L'observation montre que la notion de but ne rentre pas dans la conception empirique de l'Etat. Si la gestion du bien commun de ses membres était une fonction de tout Etat existant en fait et rentrait ainsi dans la notion empirique d'Etat, les Etats, dans lesquels en fait le gouvernement ne s'occupe pas des intérêts de tous les citoyens, mais seulement d'une classe de citoyens, ou subordonne aux intérêts dynastiques le bien de la collectivité, ne seraient pas des Etats. Ainsi la proposition : l'Etat est une collectivité destinée à la gestion et à la protection des intérêts communs de ses membres, est vraie seulement pour l'Etat parfait, modèle, pour l'Etat modèle au sens politique, et non pour l'Etat au sens juridique ; car l'Etat absolument indépendant a le pouvoir de déterminer lui-même les limites de son activité comme il l'entend. Cependant Rehm fait une restriction, une seule : L'Etat est une communauté établie pour la poursuite de buts exclusivement laïques. L'auteur reconnaît qu'en général les théories modernes de l'Etat rejettent complètement la notion de but. Enfin pour qu'il y ait un Etat, il faut, d'après Rehm, un territoire fixe : la souveraineté territoriale est un élément essentiel de l'Etat.

On arrive donc ainsi à cette définition de l'Etat : L'Etat est l'union de plusieurs personnes, organisée, établie, poursuivant des buts laïques et possédant la personnalité de droit international[1]. Ainsi Rehm précise la définition courante, mais n'en change point le fond.

Que doit-on entendre par souveraineté, cette notion sur laquelle se sont élevées tant de controverses. Dans le droit moderne, dit Rehm, le mot souveraineté désigne essentiellement la puissance laïque et territoriale abso-

1. Rehm, *loc. cit.*, p 38.

lument indépendante. Il résulte immédiatement de là que l'emploi du même mot, souveraineté, pour désigner la puissance étatique et l'organe suprême d'un Etat, est en soi inadmissible. Ce qui appartient à l'essence de la puissance étatique consiste en ce qu'elle est au-dessus de tous les autres sujets de droit qui se trouvent sur son territoire ; ce qui caractérise l'organe suprême de l'Etat, c'est qu'il est placé au-dessus de tous les autres organes de l'Etat. « L'essence de la puissance étatique et de l'organe suprême de l'Etat concerne un rapport de supériorité, un rapport ayant un contenu positif; l'essence de la souveraineté concerne un rapport d'indépendance, c'est-à-dire un rapport ayant un contenu négatif. Avoir la puissance étatique et être organe suprême de l'Etat, c'est avoir la domination *Herrschaft* sur d'autres; être souverain, c'est être indépendant des autres. » Mais notre auteur, malgré cette affirmation, ne s'éloigne pas autant qu'on pourrait le croire de la doctrine dominante, car ce qui, dans cette doctrine, caractérise la domination *Herrschaft* de l'Etat et le rôle de l'organe suprême de l'Etat, c'est précisément l'indépendance; la puissance étatique est indépendante de tous les sujets, l'organe suprême de l'Etat est indépendant de tous les autres organes[1]. Quant à la souveraineté limitée, on sait comment la théorie courante l'explique : l'Etat est souverain, il se détermine par sa propre volonté : il peut aussi se limiter par sa propre volonté[2]; et, tant que cette limitation subsiste, l'Etat reste lié par son *auto-limitation*. La théorie de Rehm peut différer dans le détail; au fond elle se ramène à la même idée, que nous pouvons résumer en

1. Sur la souveraineté, cf. Jellinek, *Staatenverbindungen*, p. 28 ; — *Gesetz und Verordnng*, p. 197, et *Allgemeine Staatslehre*, p. 394 et suiv., 1900.
2. Cf. *supra*, chap. II, § 4.

disant: L'Etat est une communauté territoriale indépendante des autres communautés et investie de la puissance de commander à tous les sujets qui se trouvent sur son territoire, puissance qui n'a de limites que celles qu'elle s'établit à elle-même par sa propre volonté.

Mais, dit Rehm, après qu'on a établi la notion d'Etat, il faut construire sa forme juridique. C'est la question du sujet de la puissance étatique; car le point essentiel pour l'Etat est la manière dont la puissance de volonté, qui réside en lui, se délimite à l'égard des autres volontés. Une telle délimitation doit exister, et aussi une volonté qui l'assure. Cette volonté est la volonté essentielle dans l'Etat; en sa forme juridique réside l'essence de l'Etat; elle s'exerce contre les membres de l'Etat. A qui appartient cette volonté? C'est la question du *sujet* de la puissance étatique. La puissance étatique est *objectivement* une volonté, et le sujet d'une volonté est celui auquel cette volonté appartient en propre. L'Etat est le propre sujet de la puissance étatique. Mais quel est la nature juridique de l'Etat considéré comme sujet de la puissance étatique? L'Etat est une union de volontés. Il repose sur le principe de la réduction d'une somme de volontés en quelques-unes ou en une seule. Son but est de remplacer la volonté de tous par la volonté de quelques-uns ou de plusieurs; la volonté d'un seul ou de quelques-uns vaut comme la volonté de tous. C'est l'essence de la personnalité collective. Cette personnalité est indépendante des individus et de leurs changements; et cela est essentiel à l'Etat. Mais cette personnalité collective est-elle un sujet de droit réel ou rationnel? Rehm repousse la théorie qui voit dans l'Etat un organisme; on ne peut dire que l'Etat est un organisme que par comparaison. Il conclut donc que l'Etat n'est pas un sujet de droit

existant réellement; mais l'Etat, d'après la conception du droit positif, est le sujet de la puissance étatique. Il est ainsi un sujet de droit, non pas un sujet existant réellement, mais créé, conçu. « L'Etat n'est pas une fiction, mais une abstraction. La fiction repose sur une invention, l'abstraction sur un fait. Derrière la fiction, rien de réel n'existe ; l'abstraction voit le réel, seulement elle le voit autrement qu'il n'existe en réalité. L'abstraction interprète un fait naturel, la fiction, invente un fait qui n'existe pas dans la nature. En déclarant que l'Etat est une personne juridique, on fait abstraction de ce que, en fait, il se présente comme une pluralité de personnes; et on fait abstraction de cela, parce qu'on répond ainsi au but de l'Etat d'après la conception de la communauté étatique[1]. » Si on n'admet pas, dit encore Rehm, que l'Etat soit un sujet de droit, on arrive aussi à dire qu'il n'est pas sujet de la puissance étatique; si on ne reconnaît le caractère de sujets de droit qu'aux individus parce que seuls ils ont une volonté, on en arrive à dire que les sujets de la puissance étatique sont seulement les personnes qui forment la volonté de l'Etat, c'est-à-dire les organes de l'Etat et l'organe suprême, l'*Herrscher*, que cet organe soit constitué par un seul ou par plusieurs; c'est la théorie de Seydel[2]; elle est inadmissible, car, si l'Etat n'est pas une unité d'hommes, mais simplement une somme d'individus soumis à la puissance de l'*Herrscher*, à chaque changement d'*Herrscher* naîtraient de nouveaux rapports entre l'*Herrscher* et les sujets, et par suite un nouvel Etat. Or en fait il n'en est point ainsi. Il faut donc conclure que l'Etat est une personnalité; et, si cette personnalité ne découle pas de la nature de l'Etat comme telle, elle peut cependant

1. Rehm, *loc. cit.*, p. 156.
2. Seydel, *Grundzüze einer allgemeine Staatslehre*, 1873.

être considérée comme une personnalité juridique. Toute règle de droit repose sur une idée de droit. L'Etat est la personnification de l'idée, qu'il y a des unions en vue de buts collectifs; l'Etat est une idée de droit; par conséquent, le principe de la personnalité de l'Etat repose sur une idée de droit. L'Etat est bien ainsi une personnalité juridique, le sujet juridique de ses pouvoirs.

En France, la personnalité de l'Etat, conçu comme sujet de son droit de puissance, est élevée à la hauteur d'un dogme, devant lequel on doit s'incliner, en faisant un acte de foi. M. Esmein écrit : « L'Etat sujet et titulaire de la souveraineté n'est[1] qu'une personne morale, une fiction juridique. » Et M. Michoud : « Aujourd'hui, nous concevons l'Etat comme une personne à double face. Tout le monde, croyons-nous, considère le droit de souveraineté et ses dérivés comme appartenant à l'Etat, non aux divers fonctionnaires qui l'exercent en son nom[2]. »

Enfin Jellinek exprime des idées tout à fait analogues. Dans la conception du droit public, l'Etat est une unité. Les individus, coexistant dans le temps, sont réunis en unité en tant qu'un but commun les unit les uns aux autres. Cette unité a un fondement physique, le territoire; et sur ce territoire la permanence du but nous donne la conception pratique de l'Etat, qui persiste comme unité téléologique, malgré les changements survenus dans les parties composantes. Ainsi la puissance étatique, qui poursuit ce but, nous apparaît comme une unité continue, malgré la pluralité et la

1. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 3, 2e édit., 1898.
2. Michoud, *Responsabilité de l'Etat*, dans *Revue du droit public*, 1895, t. II, p. 2. — Cf. Id., *la Notion de la personnalité morale*, dans *Revue du droit public*, 1899, t. I, p. 14. Rap. Hauriou, *Droit administratif*, p. 242 et 323, 3e édit., 1898.

diversité des personnes qui en remplissent les fonctions. L'Etat ainsi compris est une personne juridique, un sujet de droit. La capacité de droit n'appartient pas au monde des choses en soi; elle n'est pas un être, mais une relation d'un sujet à un autre dans l'ordre juridique; elle est concédée par le droit et non créée par la nature. La personnalité juridique de l'individu elle-même n'est pas le fondement, mais le résultat de la communauté de droit. Ainsi la personnalité de l'Etat est une création du droit, répondant à la permanence et à la continuité des buts étatiques. Mais tout sujet de droit doit avoir une volonté qui soit en état de poursuivre ses intérêts juridiques. Où est la volonté de l'Etat? Comme il n'y a que des volontés individuelles, elle ne peut se trouver que chez les individus qui veulent un but étatique, les agents de l'Etat. Mais on ne doit point les considérer comme représentant, par l'effet d'une fiction, la personne Etat. « Tout acte de volonté des membres de l'unité, dirigé vers un but d'unité a, dit Jellinek, un double caractère... Dans le monde de la nature physique, ce sont seulement les actes de volonté des individus... dans le monde éthico-juridique, ce sont les actes de volonté de la collectivité. L'individu qui manifeste une volonté est, sous ce dernier rapport, un organe de volonté de l'unité. L'organe de volonté ne représente pas par suite la collectivité... mais il est la collectivité voulant elle-même... Représentant et représenté sont toujours deux personnes distinctes. Unité de personnes et organe ne sont pas au contraire distincts l'un de l'autre, mais l'organe est une partie intégrante de l'unité. Derrière le représentant, il y a une autre personne, derrière l'organe il n'y a rien[1]. »

1. Jellinek, *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, p. 24 et suiv., et particulièrement p. 28, 1893.



Dans son nouveau livre, *Allgemeine Staatslehre*, Jellinek exprime les mêmes idées et fait peut-être la part encore plus large à l'abstraction. Il affirme d'abord que « l'Etat ordonné par le droit, conservateur et créateur du droit, doit nécessairement avoir sa place dans le droit, qu'il doit exister une notion juridique de l'Etat ». Sans doute, ajoute Jellinek, les notions de droit doivent avoir les faits sociaux pour substrat, doivent sortir de la réalité. « Mais à la notion de droit, prise comme telle, ne correspond cependant aucune réalité extérieure à nous. » Ce ne sont pas néanmoins des fictions, ce sont des abstractions ; il ne faut point assimiler abstraction et fiction, car alors la science ne serait autre chose qu'une somme de fictions. La connaissance juridique de l'Etat ne peut donc saisir son être réel, mais seulement rendre l'Etat juridiquement concevable, « c'est-à-dire trouver une conception, avec laquelle tous les caractères juridiques de l'Etat puissent être saisis sans contradiction ». Or, ajoute Jellinek, le critérium de l'exactitude d'une théorie juridique de l'Etat est qu'elle puisse expliquer l'unité permanente de l'Etat, malgré le changement continuel des individus qui le constituent. Seule la notion de l'Etat, conçu comme sujet de droit, satisfait à cette condition. « La notion de sujet de droit est une notion purement juridique ; elle ne présente, par conséquent, aucune qualité inhérente à l'homme... Sujet de droit n'est pas une essence, une substance, mais une capacité concédée, créée par l'ordre juridique. Sans doute la condition de la capacité juridique est toujours l'homme, puisque tout droit est une relation entre hommes. Mais la logique n'exige point que cette qualité ne soit reconnue qu'à l'individu et que le caractère de sujet de droit, attribué à une collectivité, appartienne au domaine de la fiction. Ici la connaissance juridique doit se ratta-

cher aux conséquences de la connaissance de l'Etat comme phénomène réel. Si l'Etat est une unité collective, cette unité n'est pas une fiction... et une telle unité collective n'est pas moins susceptible d'être sujet de droit que les individus... Mais cette notion est une notion purement juridique, à laquelle ne correspond dans le monde des faits rien d'objectivement perceptible; elle est une forme de la synthèse juridique pour exprimer les rapports de l'unité collective, sa relation avec l'ordre juridique. Par suite, en attribuant à l'Etat la personnalité juridique, on ne fait en aucun sens une hyposthase ou une fiction; car personnalité ce n'est pas autre chose que sujet de droit, et cela signifie une relation d'une individualité une ou collective avec l'ordre juridique[1]. » Mais Jellinek ne s'en tient pas là, il est ensuite obligé de déclarer encore : « que l'Etat ne peut subsister que par ses organes, que, si on fait abstraction des organes, l'Etat ne subsiste point comme support de ses organes, qu'il n'y a alors qu'un *néant juridique*[2] ».

L'aveu est donc complet, et voilà le dernier mot de la science juridique! Dans la réalité, il n'y a point de volonté de l'Etat; l'Etat n'est point un sujet de droit par nature, n'est point une personne. Si l'on se place dans le monde physique, on ne voit qu'une chose, les volontés individuelles des gouvernants; mais le monde juridique n'est point le monde physique ; c'est, sinon le monde des fictions, du moins le monde des abstractions. Ce que nous voyons, ce que nous sentons, c'est une manifestation volontaire de celui ou de ceux qui sont investis du pouvoir en fait. Nous croyons naïvement que c'est

1. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 121-125, 149-151, 160, 1900. — Bierling, *Juristische Principien Lehre*, t. I, p. 226, 1894, combat très justement la possibilité de connaître de manières différentes le même objet.

2. *Ibid.*, p. 512.

un roi, un empereur, un parlement, une majorité qui veulent et commandent. Erreur! Les faits ne sont rien; les juristes sont au-dessus d'eux; ils n'ont point à en tenir compte; ils vivent dans un monde qui leur est propre, dans une sphère inaccessible aux profanes; le monde extérieur n'est rien : les juristes ne connaissent que le monde des juristes. Mais c'est un monde fictif, dira-t-on. Non, c'est un monde d'abstractions. Derrière cette abstraction, il y a une réalité; mais le juriste déforme cette réalité; elle le gêne pour ses constructions; il affirme qu'il ne peut faire la théorie du droit public avec la réalité telle qu'elle se présente à l'observateur. Qu'à cela ne tienne, le juriste modifie la réalité. En fait il n'y a que des individus solidaires et des volontés individuelles. En droit il y aura une collectivité personnifiée dont les gouvernants seront les organes. Mais c'est une fiction! Non point : une simple abstraction. En vérité on s'étonne qu'en un siècle de science positive les jurisconsultes les plus réputés de l'Allemagne et de la France[1] en soient encore à créer des entités scolastiques, à bâtir des théories *a priori*, et à s'efforcer d'y plier la réalité. Comme ils donnent prises aux reproches que leur adressent justement sociologues et historiens! Essayons donc de nous débarrasser une fois pour toutes de ces fantômes, de ces abstractions, de prendre les choses comme elles sont et de voir ensuite quelles conséquences juridiques on peut et on doit en tirer. Adaptons les théories juridiques aux faits et non point les faits aux théories juridiques[2].

1. Cf. Rehm, Jellinek, Esmein, Michoud, Hauriou, aux ouvrages cités aux notes précédentes.

2. Quelques auteurs nient la personnalité de l'Etat. Outre Seydel, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, 1873, déjà souvent cité, cf. Bornhak, qui, visant spécialement les Etats monarchiques, compare le raisonnement, dont procède la prétendue personnalité de l'Etat, au baron de Monchausen de la légende allemande « qui se tirait les cheveux pour s'élever en l'air » (*Preusisches Staatsrecht*, t. I, p. 65 et 66, 1888, et *Allgemeine Staatslehre*, p. 32 et suiv., 1896).

II

Or le fait simple, irréductible, que Jellinek et les partisans les plus convaincus de la personnalité de l'Etat sont bien obligés de reconnaître, c'est que dans la plupart des groupes sociaux, il y a des individus en fait plus forts que les autres, et qui imposent leur volonté aux autres, par la force matérielle, si besoin est. Qu'on donne si l'on veut le nom d'Etat aux sociétés dans lesquelles existe une pareille différenciation, et dans lesquelles cette force est monopolisée et organisée, nous n'y voyons pas d'inconvénient. Mais une seule chose existe dans la réalité : une distinction entre les plus forts et les plus faibles, entre les gouvernants et les gouvernés ; on ne trouvera pas autre chose, dans une société étatique quelle qu'elle soit, que les volontés individuelles des gouvernants et les volontés individuelles des gouvernés. Si l'on y place autre chose, on est en dehors des faits ; cette autre chose n'est qu'une abstraction de l'esprit. L'Etat est ce qu'il est et tout ce qu'il est ; et il ne peut pas être pour le juriste différent de ce qu'il est dans la réalité, pour l'homme politique, le sociologue ou l'historien. En vérité, elle est étrange, cette prétention des juristes de se créer un Etat à eux. En affirmant cette personnalité de l'Etat, ils en sont encore, malgré leurs protestations, au *moi commun* du *Contrat social*.

Si l'on observe tous les groupes sociaux qu'on qualifie d'Etat, les plus primitifs et les plus simples, comme les plus civilisés et les plus complexes, on trouve toujours un seul fait, des individus plus forts

que les autres, qui veulent imposer leur volonté aux autres. Peu importe que ces groupes soient ou ne soient pas fixés sur un territoire déterminé, qu'ils soient ou ne soient pas reconnus par d'autres groupes, qu'ils aient une structure homogène ou différenciée, le fait est toujours là : les plus forts veulent imposer leur volonté aux plus faibles. Cette force s'est présentée sous les aspects les plus divers; tantôt elle a été une force purement matérielle, tantôt une force morale et religieuse, tantôt une force intellectuelle, tantôt (et cela bien souvent) une force économique. La puissance économique n'a pas été le seul facteur de la puissance politique, comme le veut l'école marxiste, mais elle a joué assurément dans l'histoire un rôle considérable. Enfin cette plus grande force a été souvent et aujourd'hui est surtout la force du nombre. Partout et dans tous les temps, les plus forts, matériellement, religieusement, économiquement, moralement, intellectuellement ou numériquement, ont voulu imposer et ont imposé en fait leur volonté aux autres. Les gouvernants ont toujours été, sont et seront toujours les plus forts en fait. Ils ont bien essayé, avec le concours de leurs fidèles, de légitimer cette plus grande force; mais ils n'ont pu inventer que deux explications, aussi artificielles l'une que l'autre, et qui ne doivent tromper personne. Souvent les gouvernants se sont présentés comme les délégués sur la terre d'une puissance divine : ils n'expriment pas leur propre volonté, mais une volonté supérieure, dont ils ne sont que les organes. L'idée théocratique a eu une grande vogue, aux époques et dans les pays de foi profonde; elle a été un moyen commode pour justifier toutes les tyrannies. Mais aux époques de tiédeur religieuse, comme la nôtre, elle devenait insuffisante. De plus, pour tout esprit positif, elle n'était guère soutenable. On a imaginé alors la fiction

de la volonté sociale : le chef qui commande, roi, empereur, protecteur, président, les chefs qui délibèrent ou ordonnent, majorité d'un parlement ou d'une assemblée du peuple, ne sont que les organes de la volonté collective de la société, à laquelle ils commandent. On a fait de sanglantes révolutions pour faire triompher cette idée. Elle est aussi décevante que l'idée théocratique. Le droit divin du peuple n'a pas plus de réalité que le droit divin du roi. Ce droit qu'on prétend appartenir au peuple, il est bien en effet un droit divin, puisqu'on l'affirme *a priori* sans le démontrer et qu'on en fait un dogme qu'on veut imposer à la croyance de tous. Cette prétendue volonté sociale, ou elle est déléguée ou elle s'exerce directement. Si elle est déléguée, celui qui l'exerce ne formule en fait que sa propre volonté; la fiction de délégation ne change rien; elle donne un prestige au délégué; elle ne fait pas que celui-ci soit l'organe de la volonté de tous, en supposant même que cette délégation ait été donnée à l'unanimité, car, si un seul individu désapprouve l'ordre donné par le délégué, ce dernier l'oblige par la force à respecter sa volonté; cette force, il la trouve dans la délégation qui lui a été faite; mais c'est toujours une force, et c'est toujours une volonté individuelle, qui s'impose par la force à une autre volonté individuelle. Au reste, Rousseau a raison : une volonté ne peut ni se déléguer ni s'aliéner; et, à tout prendre, le principe de la représentation n'est qu'un subterfuge ingénieux, inventé pour leurrer les gouvernés. Si cette prétendue volonté sociale s'exerce directement, elle se manifeste par une majorité et par une minorité; la moitié plus un des individus pourront imposer leur volonté aux autres individus, parce qu'ils sont les plus forts, étant les plus nombreux. En admettant même par impossible qu'il y ait l'unanimité moins un, ce sera

toujours un certain nombre d'individus, qui voudront et pourront se faire obéir par un autre individu, sous la sanction de la force dont ils sont détenteurs. La volonté sociale est un mythe, comme la délégation divine; il n'y a pas de volonté sociale. Rousseau la fonde sur le contrat social; mais le contrat social est une hypothèse aujourd'hui reconnue sans valeur; et ce contrat aurait-il eu lieu, il n'aurait point formé « un *moi commun*, une vie, une volonté une[1] », car dans le contrat les volontés qui le forment restent distinctes les unes des autres. Il est inutile d'insister davantage. Jurieu a écrit : « Il doit y avoir dans chaque Etat une autorité qui n'a pas besoin d'avoir raison pour valider ses actes, et cette autorité, c'est le peuple[2]. » Les apôtres de la souveraineté collective ou nationale reproduisent chaque jour ce sophisme; sophisme, parce qu'on n'a jamais vu les manifestations de cette volonté du peuple, mais seulement les actes volontaires d'un certain nombre d'individus, qui, quelques nombreux qu'ils soient, ne sont que des individus; sophisme, parce que cette volonté du peuple existerait-elle, elle ne pourrait s'imposer par elle-même; sophisme, parce qu'en fait il n'y a jamais eu qu'une majorité et une minorité, la majorité dominant la minorité. Heureux encore quand dans les pays, qui se disent les plus démocratiques, ce n'est pas la minorité qui commande à la majorité. En France, par exemple, sur 38 millions d'habitants, la majorité numérique du corps électoral, composé de 10 millions d'électeurs environ, impose sa volonté aux 28 autres millions de Français; et nous mettons les choses au mieux, en supposant qu'une énorme majorité se soit formée dans le corps électoral.

1. Rousseau, *Contrat social*, liv. I, ch. VI; *Œuvres*, t. II, p. 128, Paris, 1817.

2. Jurieu, *XVIIe Lettre pastorale*, 3e année.

On a d'ailleurs montré à plusieurs reprises, avec chiffres à l'appui, quelle infime minorité de Français représente la volonté, que l'on décore du beau nom de volonté nationale[1]. Droit divin, volonté sociale, souveraineté nationale, autant de mots sans valeur, autant de sophismes dont les gouvernants veulent leurrer leurs sujets et se leurrent souvent eux-mêmes. Assurément ces conceptions ont, à certaines époques, pénétré profondément la masse des esprits; à ce titre, elles sont des faits sociaux, qui ne doivent point échapper à l'observateur; mais elles forment ces croissances artificielles dont on parlait plus haut[2], qui sont venues se superposer, pour l'obscurcir, à l'idée primaire et conforme à la réalité, croissances dont il importe de dégager le fait simple et irréductible. Ce fait, c'est la distinction positive de gouvernants et de gouvernés, c'est la possibilité pour quelques-uns de donner aux autres des ordres sanctionnés par une contrainte matérielle; c'est la force des plus forts qui a dominé et domine la faiblesse des plus faibles.

Comment s'est produite historiquement cette différenciation. Nous n'entreprendrons pas de le décrire en détail; la tâche serait au-dessus de nos forces. Qu'il suffise d'indiquer quelques points essentiels de cette évolution.

En admettant par hypothèse, avec M. Durkheim[3], la horde comme le type probable de la société primaire, la première différenciation qui s'est produite forcément est la distinction des sexes. Mais la distinction des gouvernants et des gouvernés a-t-elle été exactement correspondante à la distinction des sexes?

1. Voir particulièrement Saripolos, *la Démocratie et l'Election proportionnelle*, t. I, p. 398 et suiv., 1899.
2. Voir le préambule de ce chapitre.
3. Durkheim, *Division du travail social*, p. 189.

Il est impossible de l'affirmer[1]. La séparation des gouvernants et des gouvernés s'est affirmée au moment où tels ou tels membres du petit groupe ont rendu des services signalés aux autres membres, où, pour une raison quelconque, certains ont été considérés comme investis d'une puissance supérieure, supra-terrestre, puissance qui sera transmise à leurs proches. Une infinité de faits, rapportés dans les ouvrages de sociologie, montrent qu'une différenciation se produit ainsi naturellement entre la masse des individus et celui ou ceux qui, à un titre quelconque, sont investis d'une force qui n'appartient pas aux autres. La séparation s'est-elle produite dans la horde ou simplement dans le clan et dans les sociétés segmentaires à base de clan? On ne peut le dire avec certitude. Les faits doivent être observés avec beaucoup de prudence et dans un esprit de sérieuse critique. Mais tels qu'ils sont aujourd'hui connus, et par leur nombre, et par la précision des observations[2], les faits nous paraissent permettre d'affirmer que l'homme a eu de très bonne heure la notion d'un pouvoir politique, provoquée par cette distinction des forts et des faibles. D'ailleurs, en outre, nous ne nions pas qu'en fait cette plus grande force ait été souvent acceptée volontairement par les plus faibles, que ceux-ci aient cru que l'obéissance aux ordres des plus forts était pour eux une source de profit, de sécurité. Mais cela ne change rien. Cette obéissance volontaire n'était qu'une cause de plus grande force pour les chefs : ceux qui commandent et quelques-uns des gouvernés ou même tous les gouvernés veulent la même chose ; il n'en est pas moins vrai que celui qui

1. Cf. *supra*, chap. I, § 2.

2. Cf. Spencer, *Principes de sociologie*, t. III, p. 311 et suiv. (traduct. Cazelles), 1883; — Letourneau, *Evolution politique*, 1890, rapporte beaucoup de faits intéressants, mais qu'il ne faut admettre qu'avec une certaine réserve.

commande, commande parce qu'il est le plus fort, que cette force s'accroît par l'acceptation volontaire du gouverné, et que, au cas de refus d'obéissance, cette force peut s'exercer sur les individus. Les gouvernés peuvent vouloir cette contrainte matérielle, parce qu'ils croient y trouver un profit, parce qu'effectivement ils y ont intérêt; qu'importe? C'est un pouvoir de contrainte matérielle, qui est saisi par la conscience individuelle et qui existe seul en fait.

Chez la plupart des peuples d'origine[1] arienne et sémitique, la famille patriarcale a été, à une certaine époque, très variable dans sa durée et dans sa date, certainement la forme générale du groupement social. Le parent mâle le plus âgé, reconnu comme le chef du culte domestique, considéré à cause de son âge et de son sexe, de sa qualité d'ancêtre, comme investi d'un prestige particulier, sera le chef naturel du groupe familial. Il est le gouvernant de ce petit Etat; les membres de la famille sont les gouvernés; et la distinction entre gouvernants et gouvernés se rattache exclusivement à un fait de force supérieure. La cité antique n'a dû être originairement qu'une réunion de familles; la puissance de contrainte appartient naturellement à l'ensemble des chefs de famille. A Rome et dans beaucoup de cités grecques, le pouvoir appartient en fait aux pères de famille, qui, réunis, forment un collège aristocratique : ils sont les plus forts en commun, parce que chacun est le plus fort dans sa famille. Leur pouvoir ne se justifie point par son origine; il est un simple pouvoir de fait, dû au prestige qu'on leur reconnaît, à la force matérielle, morale,

1. La communauté d'origine des peuples, dits ariens ou indo-européens, est une hypothèse aujourd'hui très contestée et en effet très contestable ; mais cette expression désigne un certain nombre de peuples connus, et on peut l'employer à la condition de ne pas y attacher d'autre portée.



religieuse dont ils disposent. Souvent aussi la puissance dans la cité appartient aux représentants naturels des croyances religieuses, à un collège de prêtres; c'est le triomphe de l'aristocratie religieuse, et c'est toujours une plus grande force qui fait régner son pouvoir. Souvent aussi, à Rome et à Athènes notamment, du moment où l'appropriation individuelle de la richesse est admise, les plus forts seront les plus riches, et il se forme une aristocratie de fortune qui devient toute-puissante. Cette constitution naturelle d'une aristocratie de fortune provoque des luttes interminables entre les riches et les pauvres, luttes qui remplissent toute l'histoire intérieure de Rome et d'Athènes et qui en forment le trait caractéristique, le phénomène particulièrement explicatif[1]. Ces luttes, à la suite de péripéties diverses, amènent l'amoindrissement progressif de l'aristocratie de fortune et la transmission de la prépondérance politique aux pauvres, c'est-à-dire aux plus nombreux. Un gouvernement démocratique remplace le gouvernement aristocratique; ce n'est point alors la volonté collective qui s'affirme, pas plus que sous le règne de l'aristocratie; la puissance politique appartient encore aux plus forts, mais aux plus forts par le nombre. Cette démocratie n'est point le gouvernement de tous par tous; elle est tout simplement la puissance des plus nombreux, un fait qui en soi n'est pas plus légitime que la monarchie ou l'aristocratie. Que la force appartienne à un seul, parce qu'il a une certaine naissance ou possède un certain prestige, à quelques-uns parce qu'ils sont d'une certaine race, parce qu'ils représentent des idées religieuses ou parce qu'ils sont les plus riches, qu'elle appartienne tout simplement aux plus nombreux, elle est et reste toujours la force.

1. Cf. Guiraud, *la Propriété en Grèce*, 1893; — Platon, *la Démocratie et le Régime fiscal à Athènes, à Rome et de nos jours*, 1899.

Ici encore cette force a pu être, plus ou moins consciemment, volontairement acceptée; mais cette acceptation n'a pu en changer le caractère, quelles que soient les causes qui l'aient amenée. Formuler la question de la légitimité de ce pouvoir, c'est poser un problème parfaitement insoluble, parce qu'il est contradictoire en ses termes.

Dans la nation se sont produites et se produiront encore des différenciations tout à fait similaires. Synthèse des différentes formes sociales qui l'ont précédées, la nation présente un résumé de l'évolution antérieure, et les différentes formes de structure politique s'y présentent successivement dans la même nation ou à la même époque dans les diverses nations. Tantôt le plus fort, le gouvernant est un chef militaire qui comme tel est le plus fort. Née du régime féodal, la monarchie militaire a été, à un moment donné, prépondérante dans toutes les nations européennes. Parfois le chef militaire a voulu étayer sa puissance sur une idée religieuse; il s'est présenté à ses peuples comme investi d'une délégation divine, comme un roi de droit divin. En France, la doctrine du droit divin est sans doute moins ancienne qu'on ne le dit habituellement; les rois du XV[e] et du XVI[e] siècle acceptent volontiers l'idée d'une investiture nationale; aux Etats généraux, on affirme à plusieurs reprises que le peuple est le vrai « donateur du pouvoir [1] ». Mais au XVII[e] et au XVIII[e] siècle, la doctrine du droit divin est nettement affirmée; la vieille formule : « Le roi de France ne tient son royaume que de Dieu et de son épée » a changé de sens; elle n'avait primitivement qu'une portée en quelque sorte négative; elle signifiait essentiellement

1. Voir notamment pour les Etats généraux de Tours, 1484, *Journal de Jehan Masselin*, dans *Documents inédits de l'Histoire de France*, p. 841 et suiv.

que le roi de France était indépendant et de l'Eglise et de l'Empereur; elle acquiert maintenant une valeur positive; elle est l'affirmation que le roi est directement investi de son pouvoir par la puissance divine, qu'il est le délégué de Dieu sur la terre. Divers documents officiels affirment ce principe[1]. L'expression « Par la grâce de Dieu » n'est plus une simple formule de chancellerie, mais le résumé de toute une théorie politique. De nos jours encore l'empereur de Russie se montre à ses peuples comme le représentant de Dieu sur la terre, et ce caractère divin est, pour la masse populaire à demi civilisée de l'empire russe, le fondement même de la puissance impériale. Le caractère religieux fait encore du sultan de Constantinople le chef incontesté du monde musulman; il assure au tyran d'Ildisk-kiosk un prestige singulier, qui est loin de servir les intérêts de la civilisation et du progrès. Les massacres d'Arménie, en 1896, ne l'ont que trop prouvé.

La révolution française a solennellement affirmé le principe de la souveraineté nationale[2]; mais elle ne l'a point appliqué. En fait elle ne le pouvait pas; car, on l'a dit plus haut, ce célèbre principe n'est qu'un leurre, une fiction, un moyen de gouvernement, qui n'a pas plus de valeur réelle que le principe du droit divin. La révolution a tout simplement substitué la puissance matérielle d'une aristocratie au pouvoir du roi. Elle a eu l'immense mérite d'affirmer la limitation par le droit des pouvoirs de l'Etat et le droit égal de tous à la protection de la loi; mais elle n'a point donné un fondement légitime au pouvoir politique. L'aristocratie

1. Voir particulièrement le préambule de l'édit de décembre 1770, Isambert, t. XXII, p. 506.

2. Il est inutile de citer les textes si connus de nos constitutions et de nos déclarations, où ce principe est à maintes reprises affirmé.

bourgeoise et propriétaire est devenue pendant un demi-siècle maîtresse véritable de la nation. Si l'on excepte le décret du 10 août 1792, qui décide que la Convention nationale sera élue au suffrage universel et à deux degrés, et la constitution de 1793, qui établit le suffrage universel, mais n'est point appliquée, toutes les lois électorales de la Révolution accordent le droit électoral aux seuls contribuables, c'est-à-dire aux seuls propriétaires [1], et assurent ainsi la prépondérance politique à une classe, qui n'a qu'un pouvoir de fait, qu'elle essaiera de légitimer par la fiction de la souveraineté nationale, comme faisaient autrefois les rois par la fiction du droit divin. Où voit-on la volonté à la fois une et collective de la nation? La volonté d'une classe, la volonté de quelques individus qui, par suite des circonstances, sont plus forts que les autres? Oui, et pas autre chose. Un moment interrompue par le despotisme impérial, la domination de la classe propriétaire réapparaît en 1814 et reste prépondérante pendant la Restauration et le gouvernement de juillet, période par excellence du suffrage censitaire. On invente l'expression ingénieuse de « pays légal », pour colorer d'une apparence de légitimité la prépondérance exclusive d'une classe. Les quelques milliers de citoyens, auxquels les lois électorales de 1817, 1820 et 1831 accordent le droit électoral, exprimeraient la volonté sociale? Et à quel titre? Qu'on ne se paie pas de mots. Ils expriment seulement et exclusivement leur propre volonté. Ce qu'on appelle le pouvoir politique, c'est le pouvoir plus grand qu'en fait possèdent quelques membres de la société. Derrière eux, dites-vous, il y a le pays, la société, politiquement organisée, qui est l'Etat. Dites seulement que vous appelez Etat une société où il y a ainsi un

1. Cf. Aulard, *Histoire politique de la Révolution française*, 1900.

pouvoir politique qui commande; mais ne dites pas que ce pouvoir politique est l'expression de la volonté nationale ; ce pouvoir politique est l'expression de la volonté du plus fort ou des plus forts, d'un monarque ou d'une classe.

En 1848, à la suite d'événements connus, le droit de suffrage est accordé à tous les individus mâles et majeurs de vingt et un ans, non frappés de déchéances pénales. Avec le suffrage universel, voit-on apparaître enfin véritablement la volonté une et collective de la nation? Non point. Les plus forts sont alors les plus nombreux; nous voyons bien la volonté de ceux qui ont la majorité ; mais non la volonté une de la nation[1]. D'autre part, en proclamant ainsi le suffrage universel, les hommes de 1848 jetaient dans le pays un germe de contradictions et de luttes; ils créaient l'égalité politique, mais point l'égalité économique ; ils supprimaient les privilèges politiques et ils laissaient subsister le privilège économique de la propriété individuelle. De là un conflit fatal, de là une antinomie profonde. Ou bien, malgré le suffrage universel proclamé en droit, la prépondérance politique de la classe propriétaire subsiste en fait et rien n'est changé ; ou bien le suffrage universel assure effectivement la suprématie politique du nombre à la classe prolétarienne, alors c'est la lutte des classes ouverte et presque légitimée ; et l'école collectiviste est assurément dans la logique des faits en inscrivant en tête de son programme le principe de la lutte des classes. M. Jaurès était dans le vrai lorsqu'il disait à la Chambre des députés en 1893 : « Vous avez fait la république, mais par là vous avez institué entre l'ordre politique et économique dans notre pays une intolérable contradiction. Dans l'ordre poli-

1. Voir le commencement du paragraphe.

tique, la nation est souveraine... vous avez fait de tous les citoyens, y compris les salariés, une assemblée de rois ;... mais au moment même où le salarié est souverain dans l'ordre politique, il est dans l'ordre économique réduit à une sorte de servage... et à tout moment ce roi de l'ordre politique peut être jeté dans la rue... [1]. »

Et cependant la tendance générale de tous les pays est assurément l'extension du droit électoral et l'établissement du suffrage universel : en Allemagne pour le Reichstag, en Espagne, en Suisse, dans les Etats de l'Amérique du Nord, on pratique le suffrage universel ; la Belgique en a formulé le principe, en le mitigeant par le vote plural et la représentation proportionnelle ; l'Angleterre, depuis 1884, apres que le suffrage universel ; et tous les autres pays l'adopteront certainement, dans un avenir prochain. Partout se produira la contradiction qu'on vient de signaler ; elle dérive nécessairement de l'opposition créée entre le régime politique et le régime économique. Initiatrice de la réforme électorale, la France en a ressenti la première le contre-coup social. Tôt ou tard les mêmes luttes, dues aux mêmes contradictions, ébranleront les Etats, qui ont adopté ou adopteront le suffrage universel. Notre pays est depuis longtemps le promoteur des transformations politiques et sociales. Comment disparaîtra la contradiction ? Il serait téméraire de l'annoncer ; peut-être par l'égalisation des fortunes correspondant à l'égalité des droits politiques, peut-être aussi verra-t-on d'abord la restauration momentanée d'une monarchie despotique ou le triomphe éphémère d'une aristocratie théocratique.

Ainsi partout, dans les sociétés primitives, dans les cités antiques, dans les nations modernes, le pouvoir

1. Chambre des députés, séance du 11 novembre 1893, *Journ., off.*, 1893. *Débats parl.*, Chambre, session extraord., p. 201.

politique est le pouvoir d'un seul ou de plusieurs qui sont plus forts que les autres; et le principe de la souveraineté nationale sert à masquer la prépondérance d'un dictateur, d'une classe, d'une minorité, quelquefois de la majorité numérique; mais la suprématie de celle-ci n'est pas plus légitime que celle d'un seul ou de quelques-uns. L'Etat a toujours été et est toujours une société où des volontés individuelles plus fortes s'imposent aux autres volontés. Dans les grands pays modernes, dont le territoire est très étendu, dont les sujets sont très nombreux, dont l'organisation politique est très complexe, la nature du pouvoir politique n'a point changé; en son essence, il est resté ce qu'il était à l'origine même des sociétés humaines. Entre l'autorité chancelante et précaire d'un chef de horde sauvage et la puissance d'un gouvernement moderne, il y a une différence de degré, il n'y a point de différence de nature. L'Etat est, dit-on, la société politiquement organisée. Sans doute, mais qu'y-a-t-il derrière cette vague formule? Toujours et tout simplement une distinction entre les forts et les faibles, une différenciation entre gouvernants et gouvernés. Volonté une et collective, souveraineté nationale, souveraineté politique de l'Etat, mots sans valeur, qui ne servent qu'à voiler la brutalité des faits et l'arbitraire de la force.

III

Le pouvoir politique, quelle que soit sa forme, n'est donc jamais légitime par son origine. Monarchie, aristocratie, démocratie, royauté, république, ces différentes formes du pouvoir politique ne sont que le pro-

duit de l'évolution, et n'ont pas plus l'une que l'autre, en elles-mêmes, le caractère d'un gouvernement légitime; elles sont la traduction en un langage conventionnel de ce fait qu'un seul, quelques-uns ou une majorité sont plus forts que les autres. Mais, si le pouvoir politique n'est jamais légitime par son origine, s'il est en soi un fait étranger au droit, il peut devenir légitime par son exercice; il peut devenir un *Rechtsstaat*, par la manière dont il s'exerce. Nous touchons ainsi au point capital. Si le pouvoir politique n'est que le pouvoir de la collectivité, l'expression de la volonté sociale, l'État est la société elle-même, en tant que cette société est politiquement organisée. Si, d'autre part, le droit a un fondement social, comme nous le croyons, et comme la chose est aujourd'hui généralement admise, le droit n'a d'autre fondement que l'Etat. Le droit émane donc de l'Etat, et l'on peut dire avec Seydel[1] qu'il n'y a pas de droit à côté et au-dessus de l'Etat; et, quand on veut limiter l'Etat par le droit, on arrive à toutes les contradictions de Gierke[2], à toutes les obscurités de Jellinek[3]. Si l'Etat est la collectivité personnifiée, on ne peut établir une limitation juridique de l'Etat qu'en reconnaissant à l'individu des droits naturels, imprescriptibles et inaliénables, antérieurs à l'Etat et s'imposant à l'Etat. Mais la doctrine individualiste est une hypothèse sans fondement. Dominante à la fin du siècle dernier, elle est tombée à juste titre de nos jours dans le plus complet discrédit; elle peut servir de drapeau dans les luttes politiques, de programme dans les campagnes électorales, elle n'a pas de valeur scientifique. En vain

1. Seydel, *Grundzüge*, p. 14, 1873.
2. Gierke, article cité, *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, t. XXX, p. 170, 1874. Cf. *supra*, chap. II, § 5.
3. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 331 et suiv., p. 434, 1900. Cf. *supra*, chap. II, § 4.

quelques auteurs essaient-ils de la rajeunir[1]; ils ne peuvent faire qu'elle ne soit qu'un postulat indémontré et indémontrable. Et cependant il faut que le pouvoir politique soit limité par le droit. Il faut que la science juridique puisse établir le fondement de cette limitation, autrement cette science est vaine et sans portée. D'ailleurs la doctrine du contrat social, à laquelle se rattachent et la théorie des droits individuels et la conception de la volonté une et collective du corps social est impuissante, prise en elle-même, à limiter les pouvoirs de l'Etat. Rousseau était parfaitement logique quand il écrivait : « L'aliénation (résultant du contrat social), se faisant sans réserve, est aussi parfaite qu'elle peut l'être, et nul associé n'a plus rien à réclamer, car s'il restait quelques droits aux particuliers... l'état de nature subsisterait et l'association deviendrait nécessairement tyrannique ou vaine[2]. » Sans doute le chapitre IV du livre II du *Contrat social* est intitulé : *Des bornes du pouvoir souverain;* mais il y est dit : « On convient que ce que chacun aliène par le pacte social, de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage importe à la communauté; *mais il faut convenir aussi que le souverain est seul juge de cette importance*[3]. » Si le souverain est seul juge de cette limite, c'est donc qu'il n'y a pas en droit de restriction à sa puissance. Cette affirmation que l'individu conserve certains droits est donc purement métaphysique, sans valeur positive; le philosophe de Genève ne paraît imposer qu'une seule limitation à l'Etat : le respect de l'égalité; et encore n'en donne-t-il aucune justification. Au surplus, pourquoi

1. Henry Michel, *Idée de l'Etat*, 1897, particulièrement l'Introduction.
2. *Contrat social*, liv. I, chap. VI, *Œuvres*, t. II, p. 127, Paris, 1817. Rap. liv. I, chap. VII, p. 131.
3. *Contrat social*, liv. II, chap. IV, *ibid.*, p. 147. — Cf. Jurieu, *XVIIe lettre pastorale*, 3e année.

établir des limites au pouvoir de l'Etat? L'Etat, c'est la collectivité, la volonté sociale, la volonté de tous concentrée en un *moi* commun : « Le souverain, n'étant formé que des particuliers qui le composent, n'a ni ne peut avoir d'intérêt contraire au leur; par conséquent la puissance souveraine n'a nul besoin de garant envers les sujets... Le souverain, par cela seul qu'il est, est toujours tout ce qu'il peut être[1]. » Imprégnés à leur insu et malgré leurs protestations des doctrines du *Contrat social*, les jurisconsultes allemands ne disent pas autre chose. L'Etat est la collectivité personnifiée; l'Etat par suite crée le droit; le droit émane de l'Etat, l'Etat ne peut être limité par le droit; l'Etat peut se limiter lui-même dans sa toute-puissance; tant que cette autolimitation est voulue, elle s'impose à l'Etat; mais l'Etat peut, à son gré, en modifier les termes. Le droit est impuissant à établir le point que ne peut franchir le pouvoir souverain. Il peut y avoir des limites historiques, politiques, morales, sociales, mais il n'y a point de bornes juridiques. A partir d'un certain degré, l'Etat est, en fait, impuissant à se faire obéir; mais l'Etat créateur du droit ne peut être assujetti au droit, il n'y a pas de droit contre l'Etat[2].

Nous croyons au contraire fermement que la notion du droit implique la notion d'une limite à l'action étatique, et que la science, qui se propose de déterminer l'origine, l'évolution et le domaine du concept juridique, peut et doit déterminer les choses, que l'autorité poli-

1. *Contrat social*, liv. I, chap. VII, *ibid.*, p. 131.

2. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 197 et 261, et *Die Lehre Staatenverbindungen*, p. 34. On a monté *supra*, chap. II, § 4, l'effort fait par Jellinek, dans son nouveau livre *Allgemeine Staatslehre*, p. 331 et suiv. et p. 434 et suiv., pour fonder la limitation juridique de l'État. Avec son point de départ, le savant auteur est obligé de ne voir, dans la limitation juridique de l'Etat, qu'un produit historique. Assurément cela n'est pas suffisant. — Saripolos, *la Démocratie et l'Election proportionnelle*, t. I, p. 278, 1899.

tique ne peut pas faire et celles qu'elle est obligée de faire. Assurément, pour résoudre ce problème, on ne doit point négliger les données historiques, politiques et économiques. L'art social et l'art politique fourniront aux gouvernants les moyens les plus propres à réaliser la mission qui leur incombe, indiqueront le moment le plus opportun pour remplir utilement cette mission, et aussi les éléments d'organisation qui s'y adaptent le mieux. Mais cette mission de l'Etat, il faut la déterminer dans son principe et dans son étendue ; et c'est au premier chef un problème juridique, même le plus important de tous. Sans doute toutes les sciences sociales se pénètrent intimement, ou plutôt il n'y a qu'une science sociale, et les distinctions faites sont toutes arbitraires ; elles ne sont que des classifications, rendues nécessaires par l'insuffisance de l'esprit humain. C'est pourquoi nous avons repoussé les doctrines, qui tendent à séparer complètement les caractères politiques, économiques et juridiques de l'état. Mais cependant la conscience d'une règle sociale, dite règle de droit, est un fait que l'observateur peut isoler ; et il doit rechercher de quelle manière et dans quelle mesure elle s'applique aux détenteurs du pouvoir politique, à l'Etat si l'on veut. Or la réponse à la question ainsi posée paraît certaine : l'Etat[1] est soumis à la règle de droit comme les individus eux-mêmes ; la volonté des gouvernants n'est une volonté juridique, pouvant s'imposer par la contrainte, que lorsqu'elle se manifeste dans les limites qui lui sont tracées par la règle de droit. Notre problème est donc tout simplement celui-ci : Quelles sont les choses que la règle de droit interdit à

1. Nous disons l'Etat parce que le mot est commode et pour nous conformer à l'usage ; mais il est bien entendu que, dans notre pensée, l'Etat est simplement l'individu ou les individus investis en fait du pouvoir, les gouvernants.

l'Etat? Quelles sont les obligations qu'elle lui impose? C'est là un problème dont les observations politiques et économiques faciliteront la solution, mais un problème essentiellement d'ordre juridique. Accompli en dehors de la règle de droit, l'acte étatique sera un simple fait, le plus souvent un acte de violence tyrannique, jamais un acte de droit, et obéissance ne lui sera point due.

La solution du problème résulte directement du fondement attribué à la règle de droit. On a essayé d'établir que par cela même que les hommes vivent en société, unis par les liens de la solidarité par similitudes et de la solidarité par division du travail, ils sont soumis à une règle de conduite, qui n'est que la solidarité sociale elle-même, se traduisant dans les consciences et s'imposant aux volontés individuelles. Cette règle de conduite ne tire point son principe de l'Etat, parce que on a pu en définir et en établir la notion, sans la notion de l'Etat, par la conscience seule de la solidarité sociale. Cette règle ordonne à chaque individu de ne rien faire de contraire à la solidarité sociale sous ses deux formes, et de coopérer, dans la mesure de ses forces, de ses aptitudes propres, à la solidarité sociale. Cette règle est la règle de droit; tout acte qui la viole est sans valeur juridique; mais tout acte de volonté individuelle, qui y est conforme, a une valeur juridique, est un acte juridique, produit un élément de solidarité sociale, possède une valeur sociale et s'impose au respect de tous. Tout individu a donc un devoir objectif et un pouvoir objectif déterminés par cette règle.

Cette règle de conduite est sociale par son fondement, mais elle est individuelle dans son application. Elle est générale parce qu'elle s'applique à tous les individus sans exception, puisque tous les individus sont encadrés dans la solidarité sociale et ne peuvent vivre que

grâce à la solidarité sociale[1]. D'autre part, l'Etat est un simple fait de différenciation entre les gouvernants et les gouvernés, les forts et les faibles. La volonté étatique n'est en fait et en réalité que la volonté des détenteurs du pouvoir politique, la volonté des gouvernants. Dans ce qu'on appelle la volonté de l'Etat, on ne constate qu'une chose, les manifestations de volonté d'un individu ou de plusieurs individus. Or ces individus font partie de la société, sont pris comme tous les individus dans les liens de la solidarité sociale; ils sont donc soumis comme tous les individus, et dans les mêmes termes, à la règle de droit, qui n'est que la solidarité sociale s'imposant à toutes les volontés individuelles. Les gouvernants sont ainsi limités dans leur action par la règle de droit, négativement et positivement, négativement parce qu'ils ne peuvent rien faire de contraire à la règle de droit, positivement parce qu'ils sont obligés de coopérer à la solidarité sociale. Nous disons, pour nous conformer à l'usage, que l'Etat est limité négativement et positivement par le droit objectif; mais, dans la vérité des faits, ce sont les détenteurs de l'autorité politique, les gouvernants, qui sont subordonnés à la règle de droit, et cela, quels qu'ils soient. La règle de droit s'impose à tous, gouvernés et gouvernants; elle s'impose au monarque, si à lui seul il est plus fort que tous les autres et est le seul gouvernant; elle s'impose au corps privilégié, qui concentre en lui-même la force gouvernante; elle s'impose aux parlements mêmes élus au suffrage universel; elle s'impose enfin même au peuple directement consulté, car serait-elle unanime, sa décision n'en serait pas moins l'expression de volontés individuelles. D'ailleurs cette décision n'est jamais unanime, et elle est simplement l'expression de la

1. V. *supra*, chap. II.

volonté d'une majorité; ici encore des individus plus forts, parce qu'ils sont les plus nombreux, veulent imposer leur volonté aux autres; ils ne peuvent le faire que dans les limites du droit objectif. Dans les pays démocratiques surtout, il importe d'affirmer cette limitation par le droit; là en effet le pouvoir politique est plus enclin que partout ailleurs à se croire tout-puissant. Les démocraties de tous les temps ont eu cette tendance. Les démocraties modernes l'ont tout particulièrement; et les démagogues d'aujourd'hui comme ceux d'autrefois prêchent l'omnipotence du nombre, sûrs de se ménager ainsi la faveur populaire. Or le pouvoir du peuple n'a pas plus d'étendue que le pouvoir du roi; un gouvernement démocratique a la même mission et les mêmes devoirs que tout autre gouvernement[1]; et le droit objectif s'impose à lui comme à tout gouvernement. Le peuple ne peut pas se tromper, la volonté générale ne peut pas errer, a dit Rousseau[2]; sophisme dangereux qu'on doit définitivement bannir du droit politique.

La règle de droit s'impose donc à tous, à l'Etat comme au particulier, puisque l'Etat n'est point la collectivité personnifiée et n'existe que par les gouvernants, que les gouvernants sont des individus, et que, comme tels, ils sont soumis à la règle de droit. Cette règle oblige d'abord les gouvernants à ne rien faire qui porte atteinte à la solidarité sociale sous ses deux formes[3]. Ils ne peuvent agir contrairement à la solidarité par similitudes, c'est-à-dire ils ne peuvent en aucune façon faire quelque chose, qui pour une classe, une minorité ou même un seul homme, serait une entrave quelconque

1. H. Summer Maine, *Essais sur le gouvernement populaire*, p. 92.
2. Voir particulièrement le passage du *Contrat social* déjà cité, liv. I, chap. VII: *Œuvres*, t. II, p. 131, Paris, 1817.
3. Cf. *supra*, chap. II, §§ 1 et 2.

à la satisfaction de besoins communs à tous les hommes. L'acte des gouvernants, qui aurait cette conséquence, violerait le droit au même titre et de la même façon que celui d'un particulier, quel que soit l'organe gouvernant qui en serait l'auteur, quelle que soit la forme en laquelle se manifesterait cet acte. Le pouvoir politique ne peut rien faire qui soit contraire à la solidarité par division du travail. Ce mode de solidarité a pour facteur essentiel le libre développement de l'activité individuelle. L'Etat ne peut donc faire quoi que ce soit qui puisse être de nature à gêner dans une mesure quelconque le libre et plein développement des activités individuelles. Ne rien faire de contraire à la solidarité sociale par similitudes et par division du travail, tels sont les devoirs objectifs négatifs des gouvernants comme de tous les individus.

Mais, comme les particuliers, les gouvernants ont eux aussi des devoirs objectifs positifs, reposant sur le même principe, et ayant au fond les mêmes limites. Tout particulier est juridiquement astreint à employer ses aptitudes propres à la réalisation de la solidarité sociale sous ses deux formes. Les gouvernants sont donc eux aussi, puisqu'ils sont soumis à la règle de droit, obligés de mettre leurs aptitudes propres au service de la solidarité sociale. Mais l'aptitude propre des gouvernants, quelle est-elle en fait? Une plus grande force; les gouvernants sont gouvernants précisément et seulement parce qu'ils sont les plus forts[1]. La règle de droit oblige donc les gouvernants, quels qu'ils soient, à employer la plus grande force, dont ils disposent, à la réalisation de la solidarité sociale. L'intervention de l'Etat par la voie de la contrainte lui est imposée par la règle de droit elle-même. Cette force

1. Cf. *supra*, chap. IV, §§ 1 et 2.

matérielle, les gouvernants doivent l'employer, d'abord pour assurer à tous les membres de la société les moyens d'obtenir la satisfaction des besoins communs à tous, et pour réaliser ainsi la solidarité par similitudes. Cette force matérielle, ils doivent l'employer en second lieu à la réalisation de la solidarité par division du travail; et ils ne rempliront ce devoir qu'en protégeant par la force le libre développement de l'activité de chacun, puisque cette activité est le facteur essentiel de la solidarité par division du travail. Les gouvernants sont obligés par le droit d'assurer protection à tout individu, de lui permettre d'obtenir la satisfaction des besoins qui lui sont communs avec tous les autres, et aussi la libre manifestation, l'entier développement de ses aptitudes spéciales, et la satisfaction des besoins qui en résultent; ils sont obligés d'assurer l'obtention de ce résultat même par l'emploi de la force, si elle est nécessaire. Par la même raison, les gouvernants doivent sanctionner par l'emploi de la contrainte matérielle, s'il y a lieu, tout acte juridique individuel, c'est-à-dire tout acte émané d'une volonté individuelle, déterminé par un motif conforme à la règle de droit. Cet acte juridique individuel n'a en effet de valeur que parce qu'il est un acte de coopération à la solidarité sociale; la volonté individuelle comme telle n'est point, ne peut point être protégée; elle n'est protégée que lorsqu'elle crée de la solidarité sociale; mais alors elle doit être protégée, même si au premier abord elle ne paraît toucher que des intérêts exclusivement individuels. Si cet acte de volonté est le libre développement de l'activité individuelle et ne porte pas atteinte à l'activité des autres, il est un acte de solidarité sociale, et la force consciente étatique doit intervenir pour protéger la situation subjective qu'il a créée[1]. Le gouvernant, déten-

1. Cf. *supra*, chap. III, § 3.

teur de la force, est obligé, par le droit objectif, d'affecter cette force à la réalisation de la solidarité sociale sous toutes ses formes.

Deux devoirs objectifs généraux et d'ordre juridique incombent donc aux gouvernants; l'un négatif : ne pas employer la force dont ils disposent pour entraver la solidarité sociale sous l'une de ses deux formes ; l'autre positif : employer la force pour assurer la réalisation de la solidarité sociale et l'obtention du résultat voulu par une volonté individuelle, déterminée par un but de solidarité. Toute autorité politique qui viole ces devoirs est une autorité tyrannique ; c'est une force brutale, ce n'est pas une autorité politique. L'obligation positive est aussi juridique et aussi rigoureuse que l'obligation négative ; et la violation de l'une comme de l'autre est arbitraire. Une décision des gouvernants, qui viole l'un de ces devoirs, est une décision sans valeur en droit, qu'elle émane d'un monarque, d'un parlement ou du peuple. Toutes les formes d'Etat ont les mêmes devoirs ; et il n'y a pas d'organes politiques qui aient le droit de violer le droit. Il y a un droit contre l'Etat [1], parce que l'Etat n'est pas le créateur du droit; parce que ce qu'on appelle l'Etat, ce ne sont que des individus plus forts que les autres, et que, comme tous les autres, ils sont soumis au droit objectif; parce que, si un individu quelconque, gouvernant ou gouverné, viole le droit, il accomplit un fait matériel sans valeur, que nul n'est obligé de respecter. Ainsi le pouvoir politique n'est jamais légitime par son fondement ; le pouvoir du peuple n'est pas plus légitime en soi que le pouvoir d'un monarque ou d'une aristocratie ; le pouvoir ne devient légitime que par la manière dont il s'exerce ; et tout pouvoir est légitime

1. *Contra*, Seydel, *Grundzüge*, p. 14, 1873.

quand il s'exerce conformément à la règle de droit. L'Etat est la force réglée et limitée par le droit.

Nous écartons par là même l'opposition faite continuellement entre l'individu et l'Etat, l'Etat représentant uniquement l'intérêt collectif en conflit permanent avec l'intérêt individuel. C'est devenu un lieu commun de dire que l'Etat est chargé de gérer les intérêts collectifs et permanents de la société, et en même temps d'assurer la conciliation des intérêts individuels et des intérêts collectifs. Or cette opposition n'existe point en réalité. La notion de solidarite sociale est, non point la conciliation de l'intérêt individuel et de l'intérêt collectif, mais leur fusion en un tout unique[1]. Et comme le devoir juridique objectif de l'Etat est précisément d'assurer la solidarité sociale, l'Etat ne représente pas plus l'intérêt collectif que l'intérêt individuel. Qu'on ne parle donc pas de cette lutte éternelle de l'individu et de l'Etat. Cette lutte, on l'a créée artificiellement en introduisant une fausse notion de l'Etat, en en faisant la collectivité personnifiée, en donnant une valeur en soi à cette collectivité, qui n'a de valeur que par l'individu. Toutes ces fausses doctrines de société organisme, de société entité métaphysique ou juridique, d'Etat personne juridique souveraine, aboutissent à l'insurrection de l'individu contre l'Etat ou à l'absorbtion de l'individu par l'Etat, à l'anarchisme ou à la tyrannie collectiviste. Toutes les théories philosophiques, sociologiques, économiques, juridiques, qui représentent le pouvoir politique comme l'organe de la collectivité, personnifiée et formant l'Etat, comme le gérant et le défenseur des intérêts collectifs, devant lesquels l'individu doit s'incliner, sont des ferments de haine et de division sociale. Qu'on comprenne donc qu'il n'y a pas d'inté-

1. V. *supra*, chap. I, §§ 1-4.

rêt collectif opposé à l'intérêt individuel, que l'Etat et l'individu ne sont point en conflit, que les détenteurs de la force ne doivent servir ni la collectivité ni l'individu, mais réaliser la solidarité sociale, synthèse féconde de l'individuel et du collectif. La paix sociale est à ce prix.

IV

En déterminant les devoirs juridiques objectifs des gouvernants, nous avons par là même déterminé leur pouvoir juridique objectif. Tout gouvernant qui veut, dans les limites du devoir que lui impose la règle de droit, fait un acte de volonté déterminé par un but conforme au droit objectif et, par conséquent, un acte qui s'impose au respect de tous. Cet acte étant un acte de solidarité sociale, le gouvernant a le pouvoir légitime d'employer directement la force dont il dispose pour assurer l'obtention du résultat voulu. Les gouvernants, qui sont l'Etat, ont donc le pouvoir de vouloir légitimement tout ce qui est conforme au droit objectif, et de vouloir la mise en œuvre de la contrainte matérielle dont ils sont détenteurs, pour forcer directement ou indirectement toutes les volontés individuelles à respecter ce qui a été voulu par les particuliers ou par les gouvernants, conformément au droit objectif. Voilà le pouvoir objectif des gouvernants. Mais, au fond, il n'y a rien de particulier aux gouvernants. Toute volonté individuelle peut vouloir juridiquement, lorsque la manifestation de sa volonté est déterminée par un but conforme à la règle de droit. De même les gouvernants. Quand ils veulent la solidarité sociale, quand ils veulent en imposer le respect par la force, leur volonté ne s'im-

pose pas aux autres, parce qu'elle émane d'eux et qu'elle aurait pour cette raison une valeur particulière. Cette volonté ne s'impose aux autres que comme toute volonté individuelle, quand elle est conforme à un but de solidarité sociale ; mais alors elle s'impose toujours, et elle s'impose avec tout son contenu. Les gouvernants veulent tel but de solidarité ; ils veulent employer la force, si besoin est, pour l'obtenir ; ils sont détenteurs de cette force ; ils peuvent légitimement la mettre en mouvement, non point parce qu'ils en sont les détenteurs, cela est chose de fait ; ils peuvent user de la force parce que le résultat qu'ils veulent obtenir est conforme au droit. L'acte de volonté des gouvernants, l'acte étatique n'a en soi aucune valeur propre ; c'est un acte de volonté individuelle, comme l'acte d'un particulier ; s'il s'impose au respect de tous, si la force consciente peut lui venir en aide, c'est tout simplement parce que par hypothèse il est voulu conformément au droit[1]. Si l'acte étatique nous apparaît souvent sous la forme d'un ordre, c'est parce que d'abord le rôle du contrat diminue chaque jour dans les manifestations juridiques des volontés[2], c'est ensuite parce que, l'acte émanant de l'individu qui dispose en fait de la force, cet individu apparaît assez naturellement à l'esprit comme supérieur aux autres. En apparence, l'acte juridique unilatéral du gouvernant est un ordre. En réalité, il ne l'est point. Un ordre ne peut émaner que d'une volonté supérieure voulant s'imposer comme telle à une volonté inférieure ; or pourquoi la volonté du gouvernant serait-elle supérieure à la volonté du particulier? L'un est matériellement plus fort que l'autre ; mais cette supériorité de fait donne-t-elle à la volonté une plus grande

1. V., pour ce qui concerne la loi positive, *infra*, chap. VII, §§ 3-5.
2. V. *supra*, chap. I, § 4, et chap. III, § 5.

valeur? Cette volonté est et reste individuelle; elle ne peut être qu'individuelle ; la volonté d'un roi, d'un empereur, des députés, des membres d'une majorité, n'a pas plus de valeur que la volonté du dernier des sujets. L'une et l'autre s'imposent quand elles sont conformes au droit, et seulement quand elles sont conformes au droit.

Le pouvoir objectif des gouvernants n'est donc point un droit particulier des gouvernants. C'est le pouvoir objectif général et continu, que nous avons reconnu à toute volonté individuelle, rien de plus, rien de moins. Le droit subjectif de puissance publique n'existe donc point, et il n'y a point à en chercher le titulaire. Le gouvernant, le souverain, a plus de force matérielle que les autres, mais il n'a pas plus de droit qu'eux. Il a un pouvoir vouloir de même nature dans son principe que celui des particuliers; il peut le sanctionner directement par la force qu'il possède; mais cela est un pouvoir de fait; son pouvoir juridique se réduit à pouvoir vouloir la solidarité sociale.

Comme Seydel, nous repoussons la personnalité de l'Etat ; nous ne voyons, parce qu'il n'y en a pas d'autre en fait, que la volonté du gouvernant, de l'*Herrscher;* mais nous ne disons point que « la volonté de l'*Herrscher*, quoiqu'elle ne puisse être autre chose qu'une volonté individuelle et humaine, ait un caractère propre qui la distingue des volontés ordinaires ». Nous ne reconnaissons point au gouvernant, à l'*Herrscher*, un droit subjectif de puissance, dont il serait le sujet, et dont l'Etat, c'est-à-dire le peuple et le territoire, serait l'objet[1]. Ce droit particulier de puissance, on peut à la rigueur le comprendre quand on l'attribue à la collectivité personnifiée comme sujet. Mais, si l'on

1. Seydel, *Grundzüge*, p. 7 et 8.

repousse avec raison cette fiction de la personnalité, on ne peut logiquement attribuer à un individu ou à une pluralité d'individus, quels qu'ils soient, un droit propre supérieur. D'ailleurs Seydel affirme le droit supérieur du gouvernant, mais ne le démontre pas. Nous restons dans la réalité en niant le droit subjectif de puissance publique, en affirmant que les gouvernants ont seulement le pouvoir juridique objectif, qui appartient à toute volonté individuelle, et ont en fait la possibilité de sanctionner directement ou indirectement leur volonté par l'emploi de la force dont ils disposent. Mais cela n'est pas un droit : c'est une simple possibilité de fait.

Nous échappons ainsi à l'objection formulée par M. Michoud[1], qui écrit que « le système, qui nie la personnalité de l'Etat, reviendrait par une pente glissante à la réunion dans la main de l'individu qui commande des droits patrimoniaux et des droits de souveraineté nous ramènerait à la confusion du droit public et du droit privé et à la théorie de l'Etat patrimonial, qui, de l'aveu de tous, ne peut plus être celle des nations modernes[1] ». Bien loin que la confusion du droit public et du droit privé nous effraye, nous souhaitons qu'elle soit admise de tous, car la distinction absolue des deux domaines est artificielle et commode seulement pour justifier en la forme les actes arbitraires du pouvoir politique. Mais notre doctrine n'aboutit nullement à la théorie de l'Etat patrimonial, puisque nous nions le droit subjectif de puissance publique, puisque nous nions le droit subjectif de commander, puisque nous ne voyons qu'un pouvoir objectif de vouloir, appartenant à tous, aux gouvernants et aux gouvernés, puisque

1. Michoud, *la Notion de personnalité*, dans *Revue du droit public*, 1899, t. I, p. 14.

l'acte de volonté du gouvernant n'a que l'apparence de l'ordre, que ce n'est pas ce caractère apparent qui peut l'imposer au respect de tous, puisque enfin il n'a de valeur et ne peut provoquer l'intervention de la force que lorsqu'il est conforme au droit. Ce sont, au contraire, les partisans de la personnalité de l'Etat qui ressuscitent la doctrine de l'état patrimonial née du régime féodal; ce sont eux qui ont emprunté aux vieilles idées la notion d'un droit subjectif de souveraineté, que les anciens juristes avaient construit sur le modèle de la propriété romaine et dont ils déclaraient le roi titulaire ; les rois ne sont plus ; mais on conserve ce droit subjectif de souveraineté; il lui faut un sujet; on n'en trouve pas; on en crée un; on personnifie la collectivité; et on en fait le sujet du prétendu droit subjectif de souveraineté : c'est vraiment la théorie de l'Etat patrimonial. Et cela est si vrai qu'on affirme maintenant que l'Etat est une seule personnalité, titulaire en même temps et des droits de puissance publique et des droits patrimoniaux et qu'on n'hésite pas à faire rentrer dans le domaine de l'Etat ces droits de puissance compris autrefois dans le domaine royal[1].

Nous ne disons pas que le droit de puissance publique ait pour titulaire le gouvernant[2], parce que ce droit de puissance publique n'existe pas. Nous n'avons pas besoin d'avantage et, pour la même raison, de per-

1. Michoud, *loc. cit.*, p. 14. — Hauriou, *Droit administratif*, p. 242 et 322, 3e édit., 1897.

2. Jellinek (*Allgemeine Staatslehre*, p. 506) repousse énergiquement la théorie d'après laquelle il y aurait dans chaque Etat un *Träger* du pouvoir étatique, distinct de l'Etat lui-même et organe suprême de celui-ci; il affirme que c'est l'Etat pris en lui-même qui seul est sujet des droits de puissance. Mais le savant auteur déclare, on le sait, à plusieurs reprises (particulièrement p. 513), que l'Etat sans ses organes est le néant. C'est donc un néant qui est sujet du pouvoir politique. Cela montre encore une fois à quelles contradictions on en arrive quand on adopte la conception *a priori* de la personnalité de l'Etat.

sonnifier la collectivité pour lui servir de sujet; ce droit subjectif de puissance publique, de commander, d'imposer une volonté supérieure en soi à une autre volonté, il n'existe pas, il ne peut pas exister. Toutes les volontés individuelles sont autonomes; aucune d'elles n'est supérieure aux autres, quels que soient l'individu ou les individus qui la formulent. Si, dans une société, tous les membres moins un sont d'accord contre ce dernier, ils n'ont pas pour cela le droit de lui imposer leur volonté comme telle. Au contraire un seul a le pouvoir d'imposer sa volonté à tous les autres si elle est conforme au droit; et si, en fait, il dispose de la force matérielle, il a le pouvoir de la mettre en œuvre pour sanctionner sa volonté juridique. Pas de droit subjectif de puissance publique, mais un pouvoir juridique objectif des volontés, le même pour toutes les volontés.

Ce pouvoir juridique objectif des gouvernants aura exactement les mêmes caractères que ceux qui ont été précédemment décrits ; il est général et continu ; il est fixe dans son principe, infiniment changeant dans ses applications ; il est impliqué directement par la règle de droit ; mais comme la règle de droit elle-même, il peut être conditionné dans sa naissance par un acte volontaire conforme ou contraire à la règle de droit ou par un simple fait[1].

V

Il ne suffit pas de dire que les gouvernants, l'Etat, ont des devoirs et des pouvoirs objectifs, qu'ils ne peuvent rien faire qui soit contraire à la solidarité

1. V. *supra*, chap. III, §§ 6 et 7. Il est inutile de revenir sur des développements déjà présentés.

sociale, qu'ils doivent coopérer, même par la force qu'ils détiennent, à la solidarité sociale, et que, dans la limite de ces devoirs, ils peuvent légitimement vouloir, agir et employer la contrainte matérielle. Il faut, en outre, indiquer les conséquences principales et les applications les plus pratiques de cette formule. On le fera brièvement; un volume entier ne suffirait pas pour traiter le sujet à fond. Sur beaucoup de points, nous arriverons aux mêmes solutions que la doctrine individualiste, affirmée dans les Déclarations des droits. Mais nos conclusions nous paraissent reposer sur un fondement plus solide que la théorie des droits individuels. D'autre part, la Révolution a eu le tort de considérer comme immmuables, vrais dans tous les temps et dans tous les pays, les principes qui limitaient les pouvoirs de l'Etat. Enfin la doctrine individualiste était impuissante à déterminer les obligations positives des gouvernants; au contraire nous imposons à l'Etat des restrictions à la fois négatives et positives.

La Révolution française a cru résoudre le problème en affirmant que l'homme en tant qu'homme avait des droits subjectifs antérieurs à toute société, que ces droits devaient être solennellement reconnus par le pouvoir politique, et garantis par une constitution écrite contre les empiètements possibles du pouvoir. On parle aujourd'hui beaucoup de la faillite de la Révolution. Assurément, le grand mouvement politique et social de la fin du siècle dernier n'a pas donné tout ce qu'il promettait. Il n'a guère eu, jusqu'à présent, d'autre résultat que de substituer la suprématie de la classe bourgeoise et possédante à l'absolutisme royal. Mais l'Assemblée nationale de 1789 gardera l'éternel honneur d'avoir solennellement affirmé pour la première fois la limitation par le droit d'un pouvoir politique déjà établi. Sans doute l'Angleterre avait eu, en

1688, son *Bill des droits ;* mais il n'était qu'une garantie prise contre l'arbitraire du roi, et le pouvoir du Parlement anglais restait et est resté sans limite. Sans doute, en 1776, les colonies anglaises de l'Amérique du Nord, en se proclamant indépendantes, rédigeaient une déclaration des droits de l'homme; mais un nouveau pouvoir politique se constituait, et la déclaration américaine était à la fois une déclaration d'indépendance à l'égard de la métropole et une garantie établie d'avance contre le nouveau pouvoir. En France, en 1789, pour la première fois, c'est un pouvoir politique établi, fort d'un long passé, qui affirme spontanément que l'Etat n'est pas omnipotent, que ses organes, même l'organe législatif, ne peuvent pas tout faire, « que le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte aux droits naturels et civils[1]... » Voilà pourquoi la date de 1789 est un moment unique dans l'histoire politique et juridique des peuples. La réalisation de cette idée par la Révolution française était le produit d'un long travail, l'aboutissant d'une longue évolution ; mais la Révolution a eu le mérite et la force de l'imposer à l'attention du monde; on ne doit pas l'oublier. Peu importe que l'idée, sur laquelle on fondait cette limitation, soit scientifiquement inexacte.

Mais ce qu'on ne comprend point en 1789 et 1791, c'est que non seulement il y a des choses que l'Etat ne peut pas faire, qu'il y a aussi des choses que l'Etat est obligé de faire, que l'Etat a non seulement des obligations négatives, mais encore des obligalions positives. Cela ne dérivait point en effet de la doctrine individualiste. Si l'homme a, en sa qualité d'homme, le droit de liberté et de propriété, il peut exiger que nul, pas même les gouvernants, ne viole ces droits ; mais peut-

1. Const. de 1791, tit. I, § 3.

il logiquement exiger que l'Etat intervienne activement pour lui assurer un certain profit, pour lui fournir certaine prestation? Nous ne le croyons pas; et aller jusque-là, c'est donner au principe individualiste une extension injustifiée. J'ai le droit de vivre, de me développer physiquement et intellectuellement, parce que je suis un homme; j'ai le droit d'exiger que l'Etat ne viole pas ma liberté, n'entrave pas mon développement intellectuel et physique, ou puiserai-je le droit d'exiger que l'Etat intervienne activement pour m'assurer l'existence matérielle et les moyens de me développer intellectuellement et physiquement? M. Henry Michel[1] estime au contraire que la doctrine individualiste bien comprise doit reconnaître ces obligations à l'Etat; mais le savant auteur ne nous paraît pas dans le vrai. Le droit de tout homme à l'existence et au développement de l'être n'implique point, pour les autres individus, l'obligation juridique d'assistance. On a vu, dans le devoir d'assistance, un devoir moral; on n'y a point vu une obligation juridique, dérivant du droit de chacun à l'existence. Pourquoi alors les droits individuels de l'homme impliqueraient-ils l'obligation juridique active pour l'Etat, qui est dans la doctrine individualiste la collectivité, d'assurer à chacun les moyens de vivre, de se développer intellectuellement et physiquement? Si la doctrine individualiste ne peut fonder une obligation juridique active pour l'individu, elle ne le peut pas davantage pour la collectivité, pour l'Etat. Ceux qui l'enseignent tiennent à affirmer le devoir moral de l'Etat de fournir assistance, de distribuer l'enseignement, d'assurer du travail; mais ils sont impuissants à donner un fondement juridique à ces obligations.

1. *L'Idée de l'Etat*, p. 93 et 646, 1898. — Cf. *supra*, introduction, p. 14, note 2.

D'ailleurs, il paraît bien que ni l'Assemblée nationale de 1789, ni même la Convention n'ont proclamé pour l'Etat le devoir juridique de distribuer un enseignement minimum à chacun, d'assurer du travail à tous. Pour l'Assemblée nationale, cela est certain. On ne trouve en effet, dans la constitution de 1791, que les simples dispositions énontiatives qui suivent: « Il sera créé et organisé un établissement général de secours publics pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres infirmes et fournir du travail aux pauvres valides qui n'auraient pas pu s'en procurer. » « Il sera créé et organisé une instruction publique, commune à tous les citoyens, gratuite à l'égard des parties d'enseignement indispensables pour tous les hommes[1]... » Assurément, il n'était pas dans la pensée de l'Assemblée nationale de reconnaître une obligation juridique à la charge de l'Etat. Dans la séance du 9 août 1791, on procédait à la revision de la constitution, et Rabaud Saint-Etienne proposa de modifier le texte et de rédiger ainsi l'article : « La nation regarde comme une dette de... » Mais l'Assemblée n'accepta point ce changement et vota simplement la formule énontiative présentée par le comité de constitution[2]. M. Henry Michel[3], pour établir que l'Assemblée nationale a reconnu le droit à l'assistance et au travail, invoque l'article 6 du projet de Déclaration des droits, présenté par Target : « Le corps politique doit à chaque homme les moyens de subsistance, soit par la propriété, soit par le travail, soit par les secours de ses semblables » ; l'auteur invoque aussi l'opinion de Malouet qui parle « du travail et de la subsistance fondés sur l'obligation de la société envers ceux qui en manquent », et l'opinion de Siéyès, qui, le 11 août 1789, proposait

1. Const. de 1791, tit. I, §§ 7 et 8.
2. *Archives parlementaires*, 1re série, t. XXIX, p. 300.
3. *L'Idée de l'Etat*, p. 90.

de créer une assistance communale et provinciale sous le contrôle du pouvoir exécutif, « de façon à empêcher que, dans toute l'étendue du royaume, aucun individu ne manque de secours, de travail et de subsistance[1] ». On peut raisonnablement se demander si, dans la pensée de Target, de Malouet et de Siéyès, l'assistance par le secours et le travail constituait véritablement pour l'Etat une obligation juridique, ou simplement un devoir moral; les assemblées révolutionnaires n'hésitaient point, on le sait, à mentionner dans leurs lois et leurs déclarations de simples devoirs moraux[2]. Mais accordons que les constituants, que l'on vient de nommer, admettaient véritablement le droit au travail et à l'assistance; cela ne prouverait pas que telle ait été l'opinion de l'Assemblée; leurs propositions ne furent point acceptées, et le vote du 9 août 1791, rapporté plus haut, montre bien en effet que la Constituante entendait seulement annoncer la création d'une assistance et d'un enseignement publics, sans reconnaître une obligation juridique à la charge de l'Etat.

La Convention paraît au contraire avoir reconnu le droit au travail, à l'assistance et à l'enseignement. On lit en effet dans la Déclaration des droits de 1793: « Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler. L'instruction est le besoin de tous. La société doit favoriser de tout son pouvoir les progrès de la raison publique et mettre l'instruction à la portée de tous les

1. *Archives parlem.*, 1re série, t. VIII, p. 228, 339 et 426.

2. L'avant-dernier paragraphe de la constitution de 1791 remet le dépôt de la constitution « à la vigilance des pères de familles, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français ». V. aussi la Déclaration des devoirs de l'an III.

citoyens » (art. 21 et 22). Ces textes paraissent formels. Mais qu'on se rappelle les conditions tout exceptionnelles dans lesquelles fut rédigée la constitution montagnarde, et on reconnaîtra que ces dispositions ne représentent certainement pas l'opinion véritable de la Convention. Il resterait, d'autre part, à démontrer que, dans l'esprit de ceux qui votaient la Déclaration des droits de 1793, le droit au travail, à l'assistance et à l'enseignement, était bien une conséquence de la doctrine individualiste. En tous cas, la pensée véritable de la Convention, il faut la chercher, non pas dans la constitution de 1793, acte de circonstance et jamais appliqué, mais dans la Déclaration et la constitution de l'an III. Dans ces documents, on ne trouve pas un mot qui consacre de près ou de loin le droit à l'assistance, au travail, à l'enseignement. Les articles 296 à 300 indiquent seulement les principes généraux sur lesquels reposera l'organisation de l'enseignement public.

Par un décret du 15 février 1848, le Gouvernement provisoire s'engageait « à garantir l'existence de l'ouvrier par le travail..., à garantir du travail à tous les citoyens ». La commission de constitution, qui avait inscrit le droit au travail dans son premier projet, l'avait supprimé dans le projet définitif; et l'Assemblée, après une longue et vive discussion, repoussa l'amendement Mathieu (de la Drôme) qui portait : « La République... reconnaît le droit de tous les citoyens à l'instruction, au travail, à l'assistance[1] », et vota une très vague formule[2] : « La République doit protéger le citoyen dans sa personne, sa famille, sa religion, sa propriété, son travail et mettre à la portée de chacun l'instruction indispensable à tous les hommes; elle doit, par une

1. Séance du 14 septembre 1848. *Moniteur*, 15 septembre 1848, p. 2453.
2. Const. de 1848, Préambule, art. 8.

assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler. » Ce n'était point le droit au travail, puisque l'Assemblée l'avait expressément repoussé. Etait-ce le droit à l'assistance et à l'enseignement? On peut en douter.

Ainsi la doctrine individualiste ne peut certainement fonder juridiquement que des obligations négatives à la charge de l'Etat; elle ne peut, pour être logique avec elle-même, lui imposer des obligations positives; elle détermine ce que l'Etat ne peut pas faire; elle est impuissante à marquer ce que l'Etat est obligé de faire. Avec la notion de solidarité sociale et de règle de droit générale et objective qu'elle implique, nous arrivons au contraire à reconnaître aux gouvernants, à l'Etat, des devoirs juridiques objectifs, négatifs et positifs, à déterminer juridiquement les choses que l'Etat ne peut pas faire et les choses qu'il doit faire, et par là même les pouvoirs de l'Etat[1]. Il est évident aussi que, dans les limites où l'Etat peut agir ou doit agir, il aura le pouvoir de déterminer les moyens les plus propres à assurer en fait l'accomplissement des choses qu'il doit faire ou qu'il peut faire et, par exemple, de fixer le mode d'intervention de la contrainte matérielle. Mais en même temps, dans la détermination et l'emploi de ces modes de contrainte, pris en eux-mêmes, l'autorité politique reste toujours soumise à la règle de droit. L'action de l'Etat reste limitée par le droit, non seulement dans le but qu'il poursuit, mais encore dans les procédés qu'il emploie pour atteindre ce but. La puissance politique ne peut vouloir que conformément au droit objectif; dans cette limite, elle peut employer la

1. V. *supra*, chap. IV, §§ 3 et 4.

force; mais le procédé employé pour l'intervention de la force est lui-même réglé et limité par le droit objectif. L'Etat ne peut pas tout faire pour réaliser le droit; il ne peut réaliser le droit que par des moyens conformes au droit. Tout acte de contrainte matérielle, qui, pris en soi, n'est pas conforme au droit, est un acte tyrannique et arbitraire, alors même qu'il soit destiné à assurer l'obéissance à un acte de volonté gouvernante, déterminé par un but conforme à la règle de droit.

En vertu des propositions qui précèdent, l'Etat ne peut d'abord rien faire qui soit contraire à la solidarité par similitudes. Ici les solutions auxquelles nous conduit notre point de départ sont tout à fait identiques à celles de la doctrine individualiste. L'Etat ne peut rien faire qui soit contraire à l'égalité générale des hommes[1] : formule abstraite, qui indique une tendance plutôt qu'elle ne précise les choses que l'Etat ne peut pas faire. En disant que l'Etat doit respecter l'égalité des hommes, nous ne voulons pas dire qu'il doive les traiter tous absolument de la même manière; il doit les traiter également sur les points où ils sont égaux, inégalement sur les points où ils sont différents les uns des autres. La véritable égalité, comme la véritable justice, consiste à traiter également les choses égales et inégalement les choses inégales, et, les différences humaines croissant avec la civilisation, l'Etat doit se conformer aussi exactement que possible à ces différences. Mais l'Etat doit accorder la même protection à tous les hommes, à toutes les classes d'hommes, malgré les différences qui les séparent, en protégeant également leurs aptitudes diverses et la satisfaction de leurs besoins dissemblables[2]. Des applications pratiques

1. Déclaration des droits de 1789, art. 2 et 6.

2. V. *supra*, chap. II, §§ 3 et 4. — Cf. Paul Lafitte, *le Paradoxe de l'égalité*, 1887.

découlent de cette observation, en ce qui concerne le service militaire, l'impôt progressif, l'enseignement. L'Etat ne peut rien faire qui porte atteinte au pemier besoin le plus évident et le plus général des hommes, le besoin de vivre et, par conséquent, le besoin de se procurer tous les éléments nécessaires à la subsistance; il ne peut prendre aucune mesure menaçant la vie d'un homme ou d'une classe d'hommes, leur imposer, par exemple, des travaux, une habitation, qui mettent leur existence en danger; et non plus prendre des mesures dont le résultat serait l'accaparement ou le surenchérissement de certaines denrées de première nécessité, par exemple établir des impôts qui auraient ces conséquences.

Le second besoin commun à tous les hommes est le besoin de développement physique et intellectuel. Une volonté quelconque ne peut entraver ce développement. Les gouvernants, par conséquent, ne peuvent aucunement entraver le libre développement de l'activité physique et intellectuelle de l'individu. Ils peuvent et doivent y apporter une certaine limite qui sera indiquée plus loin; mais la proposition générale reste incontestable. La puissance politique doit, par conséquent, laisser intacte la liberté individuelle, au sens étroit du mot, la liberté d'aller et de venir[1]; elle ne peut restreindre la liberté du travail, qui est la manifestation par excellence de l'activité individuelle, et qui est au premier chef un besoin commun à tous. Elle ne peut, en conséquence, interdire la libre et entière appropriation par chacun du produit de son travail, comme elle doit assurer à chacun la conservation de ce qu'il a créé par son travail. Mais logiquement l'Etat ne doit pas autoriser un monopole individuel des instruments de produc-

1. Const. de 1791, tit. I, § 2.

tion, des capitaux, car en le permettant, il porte atteinte au libre travail. C'est dire que logiquement l'Etat ne doit pas reconnaître la propriété capitaliste ; si en fait il la reconnaît et est obligé de la reconnaître, ce ne peut être qu'une reconnaissance momentanée, rendue nécessaire par une situation économique spéciale. La propriété capitaliste n'est donc pas un droit de l'individu contre l'Etat, mais un pouvoir objectif de l'individu conditionné par une règle de droit essentiellement variable. Nous sommes arrivé plus haut à une conséquence analogue[1]. Nous n'avons point d'ailleurs la prétention de résoudre en quelques lignes cette question qui est infiniment complexe, qui est toute la question sociale; nous voulons seulement montrer le sens général de la solution qui nous paraît juste et comment les vraies notions juridiques sont en parfait accord avec les aspirations certaines du monde moderne.

En vertu de la même idée, les gouvernants ne peuvent entraver en aucune manière le libre développement intellectuel de l'homme, quelles que soient les formes en lesquelles se manifeste cette activité. L'Etat ne peut empêcher l'individu de penser librement, d'exprimer librement ses pensées par la parole et par l'écrit[2]. La liberté de la parole implique la liberté de réunion[3] et la liberté d'enseignement[4]. La liberté d'écrire, ou liberté de la presse, implique la liberté de publier sa pensée en toute forme d'écrit, sans que cet écrit puisse être soumis à aucune censure préalable[5]. La liberté de pensée

1. V. chap. III, §§ 2 et 6.
2. Déclaration des droits de 1789, art. 11 ; — const. de 1791, tit. I, § 1.
3. Const. de 1791, tit. I, § 2. — L. 30 juin 1881.
4. Const. de l'an III, art. 300 ; — charte de 1830, art. 69 ; — const. de 1848, art. 9. — LL. 28 juin 1833 et 15 mars 1850.
5. Déclaration des droits de 1789, art. 11 ; — const. de 1791, tit. I, § 2. — L. 29 juillet 1881 modifiée par les lois du 6 juin 1887, 19 mars 188[illegible], 16 mars 1893, 18 juillet 1894.

implique la liberté de croire un dogme religieux ou liberté religieuse; car l'activité individuelle de l'homme se manifeste, ou dans la pensée libre, ou dans la libre adhésion à un dogme, accompagnée ou non d'une observance ritualiste. Ces diverses manifestations de l'activité intellectuelle sont aussi respectables l'une que l'autre; l'Etat ne peut imposer directement à l'individu de croire ou de ne pas croire tel dogme, de pratiquer ou de ne pas pratiquer tel culte. Serait ainsi un acte dictatorial et tyrannique celui par lequel un gouvernement imposerait l'obligation de pratiquer telle religion pour avoir accès aux fonctions publiques ou priverait de certains droits les fidèles d'une religion déterminée, quelle qu'elle soit. Il n'est pas inutile, à notre époque, de rappeler ces principes élémentaires. En outre toute mesure serait tyrannique qui interdirait aux citoyens, ou à un seul, ou à une classe de citoyens de pratiquer une religion quelle qu'elle soit[1].

De même que les gouvernants ne peuvent porter atteinte à la solidarité par similitudes, de même ils ne peuvent, en vertu du devoir juridique qui limite leur action, toucher à la solidarité par division du travail, qui a pour facteur essentiel le libre développement des aptitudes spéciales et la satisfaction des besoins particuliers. L'Etat est donc juridiquement obligé, en vertu de la règle de droit, de ne point gêner le libre développement et le libre emploi des activités individuelles, se rattachant aux aptitudes différentes de chacun, et de ne point entraver les échanges de services résultant de ces aptitudes diverses et de ces besoins différents.

L'Etat doit reconnaître l'égalité de tous les hommes; il ne peut pas et ne doit pas cependant traiter tous les

1. Déclaration des droits de 1789, art. 6 et 10; — const. de 1791, tit. I, § 2. — Cf. Déclaration des droits de 1793, art. 7.

hommes d'une manière mathématiquement égale, mais au contraire chacun suivant ses aptitudes propres; il ne peut imposer à tous les mêmes charges ou conférer à tous les mêmes prérogatives, puisque tous sont différents; il doit leur imposer des charges diverses et leur reconnaître des prérogatives diverses, correspondant à la diversité de leurs aptitudes. On n'indiquera qu'une seule application de cette idée. Dans nos sociétés démocratiques modernes, pour respecter l'égalité bien comprise et coopérer à la solidarité par division du travail, l'Etat ne doit pas accorder à tous une part égale à la gestion des affaires publiques, et, quelque paradoxal que cela puisse paraître, le suffrage universel absolument égalitaire, tel qu'il est pratiqué en France et dans divers pays, est contraire à la fois à l'égalité et à la solidarité sociale. Non point que l'Etat doive ne pas accorder à tous le droit de vote; mais il ne doit pas le concéder à tous dans la même mesure. Pris en son principe, le système du vote plural correspond beaucoup plus exactement à la règle de droit que le vote égal de tous. Nous savons bien qu'en France particulièrement de pareilles idées n'ont pas chance de triompher, et que le sophisme de l'égalité mathématique est, pour beaucoup d'esprits, une vérité absolue; mais il n'en reste pas moins un sophisme. Il est d'ailleurs étrange que des défenseurs ardents du suffrage égalitaire acceptent facilement l'exclusion des femmes, quand cette exclusion ne peut s'expliquer que par cette pensée, vraie ou fausse, que la femme est inapte à la gestion des affaires publiques. On serait bien plus près de la vérité en reconnaissant aux deux sexes les droits politiques, mais en accordant à chaque individu les attributions politiques, correspondantes à ses aptitudes propres.

L'Etat ne peut rien faire qui empêche l'homme d'ac-

croître son individualité dans le sens où l'appellent sa vocation et ses aspirations ; il ne peut, par conséquent, lui imposer un rôle spécial déterminé, une profession particulière, l'enfermer dans une classe, une caste ou une corporation. Cette obligation négative de l'Etat est aujourd'hui généralement reconnue, mais elle se traduit sous une autre forme. L'Etat ne peut empêcher les individus de former ou de créer des associations volontaires et libres ; ou, ce qui est la même chose, l'Etat doit respecter la liberté d'association et de fondation. On a montré précédemment[1] que l'association, bien loin de diminuer l'individualité, en est au contraire un accroissement, que l'homme est d'autant plus homme qu'il fait partie de plus de groupes sociaux, que les liens de solidarité qui le saisissent sont plus complexes et plus forts, qu'en un mot l'*individualisation* grandit en raison directe de la *socialisation*, et réciproquement. Si cela est vrai, l'Etat est tenu juridiquement de n'apporter aucun obstacle à la formation des libres associations et à la création des fondations, car, en le faisant, il porterait atteinte au libre développement de l'activité individuelle, au libre développement des individualités et de leurs aptitudes spéciales, et irait directement contre la solidarité par division du travail. Cela ne veut pas dire que l'Etat ne puisse pas, ne doive pas réglementer les associations et les fondations ; mais il ne peut pas, il ne doit pas les interdire en principe, ou les soumettre à son autorisation préalable. En le faisant, il entrave le développement des activités individuelles, et il viole au premier chef la règle de droit fondée sur la solidarité sociale. C'est ce que ne comprit point le législateur révolutionnaire, qui non seulement ne reconnut pas la liberté d'association, mais

1. V. tout le chap. I.

encore prohiba « toute corporation de citoyens du même état et profession[1] ». On a montré plus haut[2] que cette prohibition s'expliquait à la date 1791, qui marque le moment de la formation définitive et complète de l'unité nationale ; mais, si elle s'explique, elle ne se justifie pas. Les articles 291 et suivants du Code pénal, toujours en vigueur, prohibent les associations de plus de vingt personnes. La constitution de 1848 est la seule qui ait reconnu la liberté d'association. « Les citoyens ont le droit de s'associer » (art. 8). Aucune loi générale n'est encore venue organiser le principe[3] ; mais les faits sont plus puissants que le législateur ; un réseau d'associations couvre le territoire ; et en quelques points particuliers la loi positive a été obligée de reconnaître le principe de l'association[4]. Le développement des associations et des fondations est le phénomène particulièrement caractéristique de notre époque, et il montre à quel point la

1. L. 14-17 juin 1791.
2. V. *supra*, chap. I, § 4.
3. V. le projet de loi « relatif au contrat d'association » déposé par le ministère Waldeck-Rousseau le 30 novembre 1899 (*Documents parlem.*, Chambre, n° 1184). D'après l'exposé des motifs, ce projet reconnaitrait la liberté d'association ; mais il ne le fait que sous de telles restrictions qu'en réalité il en est la négation. Il se rattache à des idées en tout contraires à celles qui ont inspiré ce livre. Qu'on lise, par exemple, l'article 10 du projet : « La personnalité civile est la fiction légale... » ; et l'article 11 : « Les associations qui voudront obtenir le privilège de la personnalité civile devront être reconnues par décret... » On en est encore à la *fiction* législative de la personnalité civile, qui n'a plus dans la science que quelques défenseurs attardés, et cette fiction ne peut être créée que par l'Etat ! Or, comme un acte juridique ne peut être utilement fait qu'au profit d'une association ayant la personnalité civile, nous nous demandons en quoi les choses seront changées. Et on parle de liberté d'association, quand un acte juridique fait en vue d'un but corporatif ne sera valable qu'avec l'agrément de l'Etat ! Le régime actuel est certainement préférable.
4. Cf. L. 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels et le projet Waldeck-Rousseau, 30 novembre 1899 (*Documents parlem.*, Chambre, n° 1185) ; L. 22 décembre 1888 sur les associations syndicales ; L. 1er avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels.

véritable notion de solidarité sociale pénètre tous les esprits. L'avenir social et politique est là.

L'Etat ne peut rien faire qui soit contraire à une manifestation juridique de volonté individuelle. En le faisant, il porterait en effet atteinte à la solidarité sociale sous ses deux formes, et particulièrement à la solidarité sociale par division du travail, car, pris en soi l'acte juridique est une manifestation de l'activité individuelle ; sans doute, il ne vaut juridiquement que par le but de solidarité qui le détermine, et la manifestation de volonté individuelle n'oblige l'Etat à la protéger que lorsqu'elle est juridique ; d'autre part, si elle est contraire au droit, l'Etat est obligé de la réprimer ou d'assurer la réparation du préjudice qu'elle a causé. Mais, si cette manifestation est indifférente au point de vue du droit, et on a montré que cela était possible[1], elle n'en est pas moins un acte individuel, un produit de l'activité individuelle ; comme telle elle ne peut pas être entravée par l'Etat ; celui-ci ne lui doit pas la protection de sa force, mais il ne peut pas l'empêcher de se produire en pleine et entière liberté ; si cet acte n'est pas directement un acte de coopération à la solidarité sociale, néanmoins, en tant que manifestation de l'activité individuelle, il est indirectement facteur de la solidarité par division du travail. Ainsi l'Etat ne peut gêner ni une manifestation juridique ni une manifestation, indifférente quant au droit, de la volonté individuelle. En ce dernier point l'obligation de l'Etat se confond avec son obligation de respecter la liberté individuelle. Bien que le domaine du contrat aille décroissant chaque jour[2], de nombreux actes juridiques sont encore faits sous cette forme. Aussi formule-t-on souvent cette règle en disant

1. V. *supra*, chap. III, § 7.
2. V. *supra*, chap. I, § 4, et chap. III, § 3.

que l'Etat ne peut pas intervenir dans les contrats des particuliers. Formule trop étroite. Ce sont non seulement les manifestations contractuelles qui doivent être soustraites à l'action de l'Etat, mais encore toutes manifestations de volonté juridique, quelque forme qu'elles affectent, qu'elles soient synallagmatiques ou unilatérales[1].

VI

A côté de ces obligations négatives, l'Etat a des devoirs juridiques objectifs, d'ordre positif, qui se rattachent au même principe. Non seulement il y a des choses qu'il ne peut pas faire, mais il y en a qu'il est juridiquement obligé de faire. Ici, sur beaucoup de points, nous arrivons à des conclusions autres que celles de la doctrine individualiste. L'Etat est juridiquement obligé de faire tout ce qui est en son pouvoir pour assurer la réalisation de la règle de droit, telle qu'elle est comprise dans un pays et à une époque déterminée ; l'Etat est obligé juridiquement de coopérer, en employant la force dont il dispose, à la solidarité par similitudes et à la solidarité par division du travail. D'abord à la solidarité par similitudes : l'Etat est obligé de protéger par sa force la satisfaction des besoins communs à tous, même d'assurer, s'il le peut, et par l'emploi de la contrainte matérielle si elle est nécessaire, la satisfaction des besoins communs à tous. De là dérive une série de conséquences. L'Etat doit protéger la vie de tous les individus, ou, sous une autre

1. Sur la valeur juridique de l'acte unilatéral, cf. *supra*, chap. III, §§ 3-5.

forme, assurer la sécurité de tous. Cette obligation, d'un avis unanime, incombe à l'Etat. L'économie politique orthodoxe elle-même, qui réduit au minimum les fonctions de l'Etat, lui reconnaît cependant ce devoir et qualifie l'Etat de « producteur de sécurité[1] ». Expression singulière, mais qui plaît aux économistes de la stricte observance. Cette obligation de l'Etat se traduit en fait de deux manières. D'une part, l'autorité politique doit prendre toutes les mesures préventives de nature à garantir la sécurité de tous, au sens tout à fait général, qui comprend la sécurité de la voie publique, la sécurité des endroits publics, la sécurité des transports, la sécurité des habitations, la sécurité même des actions, l'Etat ayant par exemple le devoir d'interdire les jeux et les exercices dangereux. L'obligation d'assurer la sécurité générale par mesure préventive implique l'obligation d'assurer la salubrité et, par exemple, d'interdire tous les établissements dangereux pour la santé publique, la location des habitations insalubres[2], l'obligation de prendre même par la force toutes les mesures nécessaires pour empêcher la propagation des épidémies. Ce devoir d'assurer la salubrité et la sécurité de tous, l'Etat ne peut évidemment l'accomplir qu'en apportant certaines restrictions à la liberté individuelle; mais il ne peut le faire qu'à deux conditions: 1° il faut que ces restrictions soient apportées à la liberté individuelle de tous sans considération de personne; 2° il faut que ces restrictions ne dépassent pas la mesure où elles sont nécessaires pour assurer la sécurité et la salubrité de tous. Ainsi nul ne peut se plaindre, puisque les restrictions sont les mêmes pour tous et que la liberté de tous est restreinte dans l'intérêt de chacun[3].

1. G. de Molinari, *l'Évolution politique et la Révolution*, p. 395.
2. Cf. L. 13 avril 1850 relative à l'assainissement des logements insalubres.
3. Cf. Déclaration des droits de 1789, art. 4, 5 et 6.

D'autre part, l'Etat a le devoir de réprimer toute atteinte portée aux besoins communs à tous, alors même qu'un seul individu soit directement lésé par cette atteinte. En effet, bien qu'une seule personne paraisse touchée, la solidarité sociale par similitudes elle-même est affectée, puisqu'il s'agit des besoins qui sont communs à tous. Le devoir de répression et par conséquent le pouvoir de répression sont incontestables, et ils ne peuvent avoir d'autre fondement que le devoir de l'Etat de coopérer à la solidarité par similitudes et d'écarter toutes les causes perturbatrices. L'idée, que l'Etat est le représentant sur la terre de la loi morale et se trouve chargé comme tel de la sanctionner, est insoutenable et à peu près unanimement abandonnée. Mais l'Etat a certainement le pouvoir et le devoir de réprimer les atteintes aux besoins communs et d'en empêcher le retour. Reste à savoir quel est le meilleur procédé pour atteindre ce but. C'est une question d'expérience. On n'a encore trouvé que la peine, à laquelle on n'a pendant longtemps demandé que l'intimidation et que l'on essaye aujourd'hui très justement de combiner avec la régénération du coupable. L'Etat a-t-il le pouvoir d'infliger une peine quelconque? Certainement il ne peut pas édicter une peine inutilement cruelle. Peut-il prononcer la peine de mort? Non, répondrons-nous à la vieille et célèbre question, puisqu'en punissant le coupable de mort l'Etat porte lui-même atteinte au besoin primordial de tout être, le besoin d'existence; et le maintien de la peine de mort dans nos codes modernes n'est qu'une survivance de l'idée primitive et barbare du talion. Comme les mesures préventives, et pour la même raison, les mesures répressives ne peuvent intervenir que par voie générale et dans la mesure où elles sont nécessaires. Toute répression qui frappe un individu plus gravement que les autres est arbitraire, de

quelque prétendue raison d'Etat qu'on essaie de la justifier[1].

Il ne suffit pas que l'autorité politique prévienne ou réprime toutes atteintes aux besoins communs à tous les hommes il faut que par la force matérielle dont elle dispose elle assure à tous les moyens d'obtenir la satisfaction des besoins communs. Par exemple l'Etat est juridiquement obligé de faire que chacun puisse se procurer les éléments nécessaires à sa subsistance. Il est inadmissible que, dans un pays qui se dit civilisé, un individu quelconque puisse être exposé à mourir de faim; c'est une rigoureuse obligation juridique pour l'Etat de l'empêcher; elle se traduit, au reste, en des formes diverses. Pour les individus valides, en mesure d'assurer leur subsistance par le travail, l'Etat doit certainement leur fournir les moyens de se procurer du travail et un travail suffisamment rémunérateur. Est-ce le droit au travail des écoles socialistes? Peut-être. En tout cas, c'est un devoir juridique objectif pour les gouvernants d'employer tous les moyens de contrainte dont ils disposent, afin d'assurer à tout individu un travail suffisamment rémunérateur. Tout homme qui veut vivre par son travail doit pouvoir travailler; et l'autorité politique, qui n'intervient pas par la contrainte pour faire qu'il en soit ainsi, manque à un devoir juridique essentiel. Le principe nous paraît certain. Quel est le meilleur procédé pour le réaliser pratiquement? Il appartient à l'art économique de le découvrir, à l'art politique de l'appliquer. Aux individus invalides, dans l'impossibilité de travailler, aux enfants, aux malades, aux infirmes, l'Etat doit l'assistance, c'est-à-dire les soins nécessaires et la subsistance jusqu'à leur mort naturelle ou jusqu'au moment

1. Cf. Déclaration des droits de 1789, art. 5, 6 et 8.

où ils seront en état de travailler. Aujourd'hui, la plupart des gouvernements comprennent ce devoir et cherchent à le remplir. Cependant les objections ne manquent pas. L'assistance publique, dit-on, est impuissante; il y aura toujours des pauvres, des infirmes et des malades. Oui, sans doute. Mais cela n'empêche point que, si l'Etat n'emploie pas la force matérielle qui est en lui à diminuer la misère et la maladie, il manque à un devoir strict. Les apôtres de la lutte pour la vie ont dit que l'Etat n'avait point à s'occuper des vieillards et des incurables, parce qu'ils étaient des éléments improductifs, que la société avait intérêt à voir disparaître le plus tôt possible. Doctrine barbare et antijuridique. Les vieillards et les incurables ne sont point, il est vrai, des producteurs économiques; mais ils représentent de la souffrance, qui réagit sur tous, et le devoir juridique de tous, gouvernants et gouvernés, est de travailler, dans la mesure de leurs forces, à diminuer la somme des souffrances humaines[1]. Comment l'Etat organisera-t-il l'assistance? Y pourvoira-t-il directement ou par l'intermédiaire de corps plus ou moins autonomes? Etablira-t-il des taxes spéciales en vue de l'assistance? Autant de questions d'art économique et social.

L'Etat est obligé de protéger, pour chaque individu, le libre développement de son activité physique et intellectuelle. Il doit garantir à chacun la liberté individuelle, par des mesures préventives et répressives, mesures qui sont elles-mêmes une restriction de la liberté individuelle, mais qui sont légitimes, si elles sont les mêmes pour tous, et si elles n'ont pour but et pour limite que la nécessité de potéger la liberté individuelle de tous. Toute législation positive

1. V. *supra*, chap. I, §§ 1-4.

doit organiser un système garantissant puissamment la liberté individuelle. On a le regret de constater que le législateur français, tout en reconnaissant le principe[1], ne l'a que très imparfaitement organisé, que, trop souvent, la police administrative et la magistrature elle-même semblent oublier son existence. En Angleterre, l'*Habeas corpus*[2] paraît garantir plus efficacement que partout ailleurs la liberté individuelle; au fond, il ne protège que les gens riches. L'obligation de protéger la liberté individuelle implique l'obligation de garantir l'inviolabilité du domicile[3]. Obligé de protéger le libre développement de l'activité physique, l'Etat doit protéger la liberté du travail, obligation qui se traduit dans la législation sur les grèves et les coalitions[4]. L'Etat doit aussi protéger la propriété individuelle, qu'en fait elle soit un produit du travail, ou qu'elle soit considérée, par suite des nécessités économiques du moment, comme la condition indispensable des activités individuelles.

Un autre devoir de même ordre s'impose à l'Etat: protéger par l'emploi de sa force le libre développement de l'activité intellectuelle de tous et apporter dans ce but certaines restrictions aux manifestations extérieures de chacun pour protéger la liberté intellectuelle de tous. Par exemple, pour la liberté de réunion, l'autorité doit prendre certaines mesures afin que les réunions ne compromettent pas la tranquillité publique; pour la liberté de la presse, elle ne peut

1. Déclaration des droits de 1789, art. 9; — const. de l'an VIII, art. 77-82. — Les dispositions insuffisantes du Code pénal et du Code d'instruction criminelle ont été en partie complétées par la loi du 8 décembre 1897.

2. Grande Charte de 1215, art. 29; — Bill d'*Habeas corpus* de 1679.

3. Const. de 1791, tit. IV, art. 9; — const. de l'an VIII, art. 76. — Code pénal, art. 124.

4. Code pénal, art. 413-417; — L. 21 mars 1884, art. 1; — L. 23 décembre 1892.

procéder par voie de censure préalable, mais elle doit réprimer toute production écrite qui serait dangereuse pour la paix publique, qui attaquerait un individu dans sa considération ou lui causerait un préjudice pécuniaire. L'Etat doit protéger la liberté de l'enseignement, comme toutes les autres manifestations de la pensée individuelle, et par les mêmes procédés. Mais, en ce qui concerne l'enseignement, trois questions spéciales se posent : 1° L'Etat doit-il surveiller l'enseignement libre? Oui, et tant au point de vue matériel qu'au point de vue de l'enseignement lui-même. Si l'Etat a le devoir de coopérer à la solidarité sociale, il a par-là même le devoir d'empêcher que les maîtres libres ne donnent un enseignement directement contraire à cette notion essentielle. — 2° L'Etat doit-il donner lui-même l'enseignement? Il est incontestable que l'Etat doit assurer à tous un minimum d'enseignement, l'enseignement primaire. C'est toujours la conséquence du devoir général qui s'impose à l'Etat de coopérer à la solidarité sociale. La claire notion de solidarité implique un certain degré de culture; elle est la condition essentielle de l'*individualisation* et de la *socialisation* de ce qu'on appelle par métaphore la vie sociale. C'est une obligation étroite pour l'Etat de faire naître dans toute conscience individuelle la claire notion de solidarité sociale. Sans elle la conception du droit reste obscurcie. Il n'y a donc pas à notre sens de devoir plus strict pour l'Etat, puisque tout son rôle se ramène à l'obligation de réaliser le droit. L'autorité politique doit garantir à tous l'instruction primaire gratuite; la gratuité est la conséquence immédiate de l'obligation de l'Etat[1]. L'Etat doit-il

1. Const. de 1791, tit. I, § 7; — Déclaration des droits de 1793, art. 22; — const. de 1848, Préambule, art. 8. — LL. 28 mars 1882 et 30 octobre 1886.

aussi donner lui-même l'enseignement à ses autres degrés, enseignement secondaire et enseignement supérieur ? La question peut être discutée. A une époque de haute civilisation, de différenciation profonde, nous croyons que l'Etat ne remplit complètement son devoir en matière d'éducation qu'en organisant les diverses branches d'enseignement qui correspondent aux diverses aptitudes. — 3° Enfin l'Etat doit-il et peut-il imposer à chacun un minimun d'instruction ? Doit-il ou peut-il déclarer l'instruction primaire *obligatoire?* Sans aucun doute. L'Etat doit respecter la liberté de tous; mais il a le devoir et le pouvoir d'apporter à la liberté de chacun les restrictions nécessaires pour sauvegarder la liberté de tous; cette liberté de tous ne peut exister que par la notion de solidarité; l'Etat doit et peut donc imposer à tous l'instruction minimum, qui est indispensable pour que tous aient une conscience claire de cette solidarité. Devant imposer l'instruction primaire à tous, il ne peut évidemment distribuer dans les écoles qu'une instruction absolument neutre au point de vue religieux[1]. Mais, d'autre part, l'Etat ne doit pas et ne peut pas exiger que tous les enfants reçoivent cet enseignement primaire dans ses écoles. La liberté d'enseignement l'oblige à autoriser toutes les écoles confessionnelles ou autres, sauf son droit de surveillance tel qu'il a été précédemment défini. Les lois du 28 mars 1882 et du 30 octobre 1886 ont fait une sage application de ces règles.

Les gouvernants sont tenus de protéger la liberté religieuse de tous et, pour cela, d'interdire à chacun toutes manifestations religieuses extérieures qui pourraient porter atteinte à la liberté individuelle ou

1. Cf. les deux lois citées à la note précédente, LL. 28 mars 1882 et 30 octobre 1886.

à la liberté religieuse des autres, et aussi de réprimer toutes les atteintes à la liberté religieuse sans distinction de culte[1]. Mais l'Etat est-il obligé d'assurer à chacun les moyens de pratiquer la religion auquel il appartient, de subvenir aux dépenses des cultes? La question se ramène à celle-ci : à notre époque, le besoin religieux est-il un besoin général, commun à tous les hommes? Si oui, obligation pour l'Etat d'y pourvoir; si non, obligation seulement pour l'Etat de ne point violer et de protéger la liberté de ceux qui croient. A certaines époques et dans certains pays, la religion était le tout de l'homme; là le devoir de l'autorité politique était certain. Aujourd'hui, et particulièrement en France, il n'en est certes pas ainsi. D'aucuns le regrettent. Regrets superflus. Dans ces conditions, l'Etat moderne n'est point juridiquement tenu d'entretenir un culte quelconque; il serait plutôt obligé de ne point employer les contributions publiques aux dépenses du culte. Nous ne prétendons donner là qu'une solution théorique. Pratiquement d'autres solutions peuvent s'imposer. En France, par exemple, la séparation des Eglises et de l'Etat serait peut-être, à l'heure actuelle, prématurée.

L'Etat doit coopérer à la solidarité par division du travail. En parlant des devoirs négatifs de l'Etat, on a indirectement et d'avance indiqué les obligations positives qui dérivent de la solidarité par division du travail. Il est certain que l'Etat doit protéger le libre développement des activités individuelles dans les sens divers où elles se dirigent, et on a montré ses obligations à cet égard en parlant de la liberté individuelle,

1. Code pénal, art. 260 et suiv. — La loi du sacrilège du 20 avril 1825 excédait les pouvoirs de l'Etat, parce qu'elle ne protégeait qu'une religion et faisait du sacrilège une infraction, même quand, en fait, il ne portait aucune atteinte au libre exercice du culte.

de la liberté du travail, de la liberté intellectuelle et de la liberté d'association.

Mais il reste une question qu'on formule habituellement ainsi : l'Etat doit-il et peut-il intervenir dans les contrats librement consentis par les particuliers? Peut-il, par exemple, imposer ou annuler certaines clauses contractuelles? Sous cette forme, la question est mal posée. Cette formule semble en effet indiquer que toute volonté individuelle a une valeur juridique quand et parce qu'elle se traduit en un contrat. Or, cela n'est pas vrai : la volonté individuelle exprimée dans un contrat, comme celle exprimée dans un acte unilatéral, n'a de valeur juridique que lorsqu'elle est déterminée par un but de solidarité[1]. Par conséquent, tout acte de volonté individuelle, même contractuel, est sans valeur juridique s'il est contraire au droit objectif, à la solidarité sociale, de même que tout acte de volonté unilatéral; toute clause d'un contrat qui est déterminée par un but contraire à la solidarité sociale est nulle. Par conséquent, l'Etat, qui prohibe ou annule de semblables clauses n'intervient point à vrai dire dans les contrats conclus entre particuliers. L'Etat constate seulement que l'acte de volonté, contractuel ou unilatéral porte atteinte à la solidarité et se trouve par suite sans valeur juridique; il organise les moyens d'en empêcher l'effet par voie de répression ou d'annulation; il reste donc absolument dans la limite de ses pouvoirs et remplit son devoir juridique. Le code civil fait lui-même l'application de ce principe; il suffit de citer les articles 6, 1130, 1133. Le législateur a eu le tort de ne viser que des actes contractuels. Quant à la disposition de l'article 1780 : « On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une affaire

1. V. *supra*, chap. III, § 3.

déterminée », disposition empruntée à l'article 15 de la Déclaration de 1793; elle se rattache directement à notre notion de solidarité.

Si l'on part de la même idée, le pouvoir et le devoir de l'Etat d'intervenir dans le prétendu contrat de travail, de fixer un maximum d'heures de travail et un minimum de salaire, apparaissent incontestables. Nous disons le prétendu contrat de travail, parce qu'il ne nous paraît point certain qu'un véritable contrat intervienne entre employeurs capitalistes et ouvriers salariés : tout contrat suppose l'égalité de situation de ceux qui contractent; or, peut-on raisonnablement soutenir que capitalistes et salariés se trouvent en fait dans une situation égale? N'y a-t-il pas plutôt deux actes de volonté, unilatéraux, distincts l'un de l'autre, non déterminés l'un par l'autre? Il ne serait point dès lors exact de parler de l'intervention de l'Etat dans le contrat de travail. Peu importe d'ailleurs qu'il y ait ou non contrat : il y a des actes de volonté; ils ne peuvent produire un effet juridique que s'ils ne violent pas la règle de droit et s'ils coopèrent à la solidarité sociale. Or l'acte par lequel le capitaliste veut imposer à l'ouvrier un travail qui épuise ses forces, l'absorbe tout entier et ne lui laisse pas le temps de donner satisfaction à ses besoins intellectuels et moraux, ou lui impose un salaire insuffisant pour sa subsistance et celle de sa famille, cet acte est incontestablement un acte contraire à la solidarité, au droit, un acte sans valeur juridique; la loi positive, qui fixe un maximum d'heures de travail et un minimum de salaire, ne fait que constater cette invalidité; l'Etat qui la formule remplit son devoir juridique et reste, par conséquent, dans la limite de ses pouvoirs. L'employeur capitaliste ne peut pas se plaindre, parce que, membre de la société, il est solidaire de tous, et que les atteintes,

portées à la solidarité sociale en la personne de ses ouvriers réagiraient sur lui. L'intérêt d'une classe n'est pas sacrifié à l'intérêt d'une autre classe; car, si un seul membre du groupe social souffre, tous les autres en subissent les conséquences, et l'amélioration du sort d'un seul profite à tous les autres. A l'inverse, les salariés doivent comprendre qu'ils ont tout intérêt à ne pas demander un salaire exagéré ou une trop grande diminution de travail, car, par l'effet de la solidarité sociale, ils sentiraient le contre-coup de toute atteinte profonde aux intérêts des employeurs capitalistes. Ici, comme partout, l'intérêt individuel et l'intérêt collectif se confondent. Il y aura une balance souvent délicate à faire. A l'homme politique de l'établir. Mais le pouvoir et le devoir de l'Etat de réglementer le salaire et le travail sont en principe au-dessus de toute contestation. Au reste, les théories surannées de l'économie politique orthodoxe sont aujourd'hui généralement abandonnées. Sous la pression des faits, et par une notion plus claire de la solidarité sociale, la plupart des gouvernements ont été amenés à entrer dans cette voie[1].

Un dernier devoir de l'Etat ne se rattache, à vrai dire, ni à la solidarité par similitudes, ni à la solidarité par division du travail, mais domine et résume toutes ses obligations. L'Etat est tenu de maintenir la forme sociale en laquelle sont groupés les individus, qui sont subordonnés à sa puissance matérielle. Quelle que soit cette forme sociale, horde, famille, cité, nation, l'obligation est la même, de même nature et de même étendue. On a essayé plus haut de marquer les caractères de la nation; d'après les idées modernes, elle est affectée à un territoire déterminé[2]. Le devoir de l'Etat

1. Cf. D. 2 mars 1848; — L. 9 septembre 1848; — L. 2 novembre 1892; — — L. 14 avril 1900; — DD. 11 août 1899 (Décrets dits : Décrets Millerand).
2. V. *supra*, chap. I, § 6.

est donc d'assurer la conservation et la défense de ce territoire contre les attaques de l'extérieur; il possède assurément le pouvoir de contraindre par la force tous les individus à coopérer à cette défense. A-t-il le devoir et le pouvoir de l'étendre par la conquête et de forcer les individus à participer à une guerre de conquête? Non. Les gouvernants sont aussi obligés de protéger la nation contre les causes perturbatrices qui peuvent venir de l'intérieur. Mais ils doivent agir avec une extrême précaution et prendre garde de ne pas porter atteinte à la liberté individuelle sous prétexte de rétablir l'ordre; dans les procédés qu'ils emploient, ils doivent s'inspirer des principes qu'on vient d'indiquer. Il y a une question de mesure et d'opportunité.

Il va sans dire que, pour remplir leurs diverses obligations, les gouvernants ont le pouvoir de se procurer, même par la contrainte, les ressources économiques qui, dans l'état social actuel, leur sont indispensables. Ils ont le pouvoir de faire tout ce qu'ils ont le devoir d'accomplir, et de recourir pour cela, même par la force, aux voies et moyens nécessaires. Mais encore ici, dans l'organisation du système d'impôt, l'Etat est juridiquement obligé de se conformer aux principes qui précèdent, par exemple au principe de l'égalité bien comprise.

Entre ce que l'Etat ne peut pas faire et ce que l'Etat doit faire, y a-t-il une sphère intermédiaire dans laquelle l'Etat peut à son gré agir ou ne pas agir? Beaucoup d'auteurs paraissent le croire et estiment que l'intervention ou la non-intervention de l'Etat est, sur beaucoup de points, une simple question de moment, d'opportunité, que dans nombre de matières l'Etat peut intervenir ou non, suivant que les hommes dirigeants apprécient la situation, qu'en tous cas, lorsque l'Etat intervient, il peut toujours légitimement

imposer sa volonté même par la force[1]. Cette manière de voir n'est pas exacte. D'abord l'Etat ne peut imposer sa volonté par la force que lorsqu'il veut conformément au droit, par conséquent il ne peut imposer par la force les choses indifférentes au droit. Si donc on suppose une chose qui n'est pas commandée par le droit, la question de savoir si l'Etat peut la faire ne se pose pas en droit. Il peut assurément la faire, mais sa volonté est alors sans valeur juridique. La situation est la même que celle déjà décrite pour le particulier qui veut une chose qui n'est ni contraire, ni conforme au droit. Si l'Etat veut une chose contraire au droit, ce vouloir peut être la condition de formation d'un pouvoir objectif chez une certaine volonté; si la chose voulue est conforme au droit, la volition étatique produit un effet de droit. Toute action de l'Etat, en tant qu'acte juridique, se produit donc dans les limites du droit, et la question de savoir s'il y a des choses que l'Etat peut à son gré faire ou ne pas faire ne se pose pas. Si le gouvernement fait une chose indifférente au droit, elle est sans valeur; et il ne peut légitimement disposer de sa force pour la réaliser. Mais, si l'Etat est limité dans son action par la règle de droit, il peut évidemment choisir les procédés qu'il emploie a pour remplir son rôle et satisfaire à ses devoirs. En restant dans la limite de ses devoirs juridiques et en agissant dans le but de les accomplir, il peut faire ou ne pas faire tel acte qui lui apparaîtra adapté ou non à cette fin. Cela ne veut pas dire que l'Etat puisse déterminer l'étendue de son pouvoir juridique objectif; ce pouvoir est fixé par le devoir des gouvernants, et aussi par le devoir des individus, qui sont obligés de

1. P. Leroy-Beaulieu, *l'Etat et ses fonctions*, 2e édit., 1891. — Cf. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 213, 224 et suiv., 1900.

subir la contrainte étatique quand elle est légitime; l'Etat ne peut agir que dans cette limite. Mais en agissant dans cette limite et pour réaliser le droit, pour mettre sa force au service du droit comme il en a le devoir juridique, il a évidemment la liberté de choisir les procédés qui lui paraissent les meilleurs. Il ne peut pas vouloir sanctionner par la force une chose contraire ou indifférente au droit, mais il peut vouloir juridiquement une chose ou une autre à son choix, toutes les fois que sa volition est déterminée par un but conforme à la règle de droit. Au reste la situation des gouvernants est identique à celle des particuliers. Le particulier lui aussi est limité dans son action juridique par son devoir objectif et par les devoirs des autres particuliers et des gouvernants. En dehors de cette sphère, tout acte d'un particulier est ou contraire ou indifférent au droit. Mais, en restant dans ces limites, le particulier a la liberté de choisir la forme de ses manifestations volontaires. La seule différence entre les gouvernants et les gouvernés est une différence de fait. Les gouvernants, détenteurs de la force matérielle, pourront directement, par leurs propres moyens, sanctionner leur volonté juridique; les particuliers, qui ne disposent pas des moyens de contrainte, devront s'adresser aux gouvernants, si besoin est, pour imposer aux autres leur volonté juridique.

VII

En 1874, Gierke écrivait : « L'Etat de l'époque actuelle est pour nous un *Cultursstaat*, parce qu'il ne se borne pas à garantir le droit, mais que le perfectionnement

de la société humaine sous tous les rapports lui incombe; il est aussi une *Rechtsstaat*, parce qu'il ne se place pas en dehors du droit, mais dans le droit, et qu'il reconnaît librement comme règle et comme limite à son autorité souveraine l'ordre juridique dans lequel il voit l'action d'une idée innée à lui-même[1]. » Il paraissait ainsi reconnaître que, dans son rôle de culture, l'Etat était limité par le droit, le droit individuel sans doute, mais le droit. Aujourd'hui, à la suite de Jellinek, on sépare complètement le but de droit et le but de culture. « Parmi les buts de l'Etat, dit Jellinek, existe avant tout le but de droit (*Rechtszweck*), but qu'il ne partage avec aucune autre personnalité. La création consciente, l'établissement du droit, la formation de l'ordre juridique sont exclusivement fonctions de l'Etat. La formation du droit par la coutume, à côté de l'intervention étatique, n'est pas l'acte réfléchi d'une personnalité. Quant à ses autres buts, l'Etat les partage avec les autres personnalités. L'impulsion originaire enseigne à chacun la conservation de sa propre existence. Le maintien et le développement de la *culture*, considérée comme l'ensemble des intérêts moraux et économiques du peuple, se mouvant dans l'intérieur des limites juridiques, est en première ligne la libre action de l'individu isolé ou associé. Ici l'Etat doit et peut intervenir alors seulement que l'activité de l'individu isolé ou associé ne suffit pas... Non seulement l'Etat fixe la limite des actions des personnalités qui lui sont subordonnées, mais il se fixe des limitations à lui-même. La mesure des prestations qu'il peut exiger des particuliers, la limite jusqu'à laquelle il peut intervenir dans la sphère de celui-ci, lui sont données par l'ordre juridique

1. Gierke, *Die Grundbegriffe des Staats und die neuere Staatsrechtstheorie*, dans *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, t. XXX, p. 265, Tubingue, 1874.

qu'il établit lui-même. En réglementant les cercles d'action de ses organes, il fixe en même temps les limites de son activité... En tant qu'il agit ainsi, l'Etat sera désigné du nom de *Rechtsstaat*[1]. » La plupart des livres français traitant de droit public ou d'économie politique reproduisent ou supposent cette distinction entre la nature économique et politique de l'Etat et sa prétendue nature juridique, entre son but de civilisation et son but de droit[2].

Cette opposition n'existe pas; elle se rattache, même à l'insu de ceux qui la font, au fondement subjectif du droit; elle procède de la notion inexacte et trop étroite du droit compris comme un rapport entre deux sujets de droit[3]. Le droit n'est pas ce rapport abstrait; le droit est une règle de conduite, qui repose sur la société elle-

1. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 214 et 216, 1887.— Cf. Jellinek, *System der subjektiven Rechte*, p. 12 et suiv., 1892. Dans son nouveau livre (*Allgemeine Staatslehre*, p. 224 et suiv.), Jellinek développe des idées analogues et résume ainsi sa pensée : « Au point de vue de sa justification téléologique, l'Etat nous apparaît aujourd'hui comme la collectivité d'un peuple possédant un pouvoir de commander, la personnalité juridique, et donnant satisfaction par une activité méthodique, centralisatrice, agissant avec des moyens externes, aux intérêts de solidarité individuels, nationaux et humains, dans le sens d'un développement commun progressif » (p. 237). Le savant auteur fait ainsi intervenir l'idée de solidarité sans lui donner cependant, nous semble-t-il, le rôle essentiel qu'elle nous paraît avoir. D'autre part, Jellinek n'oppose pas aussi rigoureusement qu'il le faisait dans ses précédents ouvrages, le but de culture et le but de droit. Il écrit en effet très justement : « Le droit est non seulement un moyen pour conserver une situation présente, mais aussi un moyen pour participer à la création d'une situation future. En tant que les intérêts de culture peuvent être gérés par des établissements externes, le droit est un moyen puissant pour cela, par exemple, les lois de protection du travail dans les pays européens » (p. 230). — Cf., en outre, Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, p. 11, dans *Handbuch* de Marquardsen, 2ᵉ partie, vol. d'introduction, 1899; — Gneist, *Der Rechtsstaat*, 1ʳᵉ édit. 1869; 2ᵉ édit., 1879.

2. V. particulièrement, Cauwès, *Cours d'économie politique*, t. I, p. 149 et suiv., 3ᵉ édit., 1893. Il est inutile de citer les nombreux traités, précis ou manuels de droit public et d'économie politique qui sont connus de tous.

3. V. *supra*, chap. III, §§ 3 et 4.

même, sur la solidarité sociale en tant qu'elle s'impose à toutes les volontés individuelles et qu'elle régit toutes les manifestations extérieures de ces volontés sans exception. Dire que l'Etat a ces deux caractères tout à fait distincts, d'être un *Cultursstaat* et un *Rechtsstaat*, séparer la conception économique et la conception juridique de l'Etat, c'est dire que, lorsque l'Etat agit comme facteur du progrès moral et économique, il agit librement et non point en vertu d'une règle supérieure qui l'y contraint. Cette idée est fausse et dangereuse. Tout acte de l'Etat lui est imposé par la règle de droit : il ne peut faire que ce que lui impose la règle de droit, et il doit faire tout ce qu'elle lui impose. Quand il agit comme *Cultursstaat*, c'est parce que la règle de droit l'y oblige; s'il ne peut pas et ne doit pas agir comme tel, c'est parce que la règle de droit le lui interdit. Les deux prétendus caractères de l'Etat sont absolument inséparables, n'en forment qu'un, ou plutôt ils n'existent ni l'un ni l'autre. L'Etat n'est, en réalité, ni un *Rechtsstaat* ni un *Cultursstaat*. Dire que l'Etat est un *Cultursstaat* ou un *Rechtsstaat*, c'est affirmer qu'il est, pris comme tel, une réalité distincte des individus. Or il n'y a qu'une réalité, des individus qui monopolisent la force. Et tout individu, étant pris tout entier dans les liens de la solidarité sociale, est subordonné dans son tout à la règle de droit qu'implique cette solidarité. Le particulier uni aux autres par la solidarité n'a pas deux caractères, un caractère juridique et un caractère économique ; ses actes peuvent produire des conséquences économiques ; mais tout acte de volonté qui les produit est soumis à la règle de droit ; toute volonté individuelle est limitée et réglée dans toutes ses manifestations externes par le droit objectif. Telle aussi la volonté étatique, ou, plus exactement, la volonté des gouvernants, qui est une volonté individuelle. Si cette

volonté gouvernante s'applique au progrès de la civilisation, c'est que le droit l'y oblige, et, quand elle constate le droit, elle ne fait que constater la règle qui la limite et la régit. Les deux choses sont donc inséparables : volonté individuelle des gouvernants, qui se saisit comme maîtresse d'une force matérielle supérieure, comme obligée de coopérer dans la mesure de ses aptitudes à la réalisation de la solidarité sociale et du droit, à ne rien faire en dehors de cela ; volonté qui constate cette règle. Des hommes qui pensent et qui veulent comme tous les hommes, qui doivent vouloir le droit et par là la solidarité, la civilisation et le progrès, voilà les gouvernants. Réalisation du droit et de la solidarité, civilisation et progrès, termes synonymes qui marquent les devoirs et les pouvoirs juridiques objectifs de tous, des gouvernants comme des gouvernés.

En déterminant les pouvoirs et les devoirs juridiques objectifs des gouvernants, nous n'avons donc fait autre chose que leur appliquer la règle de droit, avec ses diverses conséquences, la règle de droit qui s'applique aux particuliers. Si elle implique pour les gouvernants des devoirs et des pouvoirs plus nombreux et plus étendus, c'est simplement qu'ils se trouvent en fait investis d'aptitudes, de forces qui n'appartiennent pas aux particuliers. Mais on aperçoit immédiatement l'objection possible. En admettant l'existence d'une règle qui détermine les devoirs et les pouvoirs de l'Etat, on ne peut considérer cette règle comme une règle de droit ; l'Etat peut être limité en fait négativement et positivement, au point de vue économique et politique ; il ne peut pas être limité en droit. La règle de droit ne se conçoit qu'avec une sanction, au moins en puissance ; on peut admettre à la rigueur qu'il existe pour les particuliers une règle de droit véritable,

avant même qu'elle ne soit consacrée et sanctionnée par l'autorité politique, parce que cette règle peut toujours, à un moment donné, recevoir une sanction véritable, si l'Etat la reconnaît effectivement. La notion de règle de droit n'implique pas sans doute l'existence d'une contrainte actuelle ; mais elle implique la possibilité d'organiser une contrainte. Assurément, dit-on, il y a des règles de droit qui n'ont pas de sanction matérielle directe ; mais cette sanction est concevable, est possible et se trouve réalisée quand l'Etat intervient, fait la règle de droit sienne et l'impose à l'obéissance de tous sous la sanction de la contrainte. Il ne peut en être ainsi d'une règle qui s'applique à l'Etat lui-même, car pour elle on ne conçoit pas de sanction possible. Alors même que l'Etat la consacre en la forme législative, il ne peut pas lui donner une sanction véritable, il ne peut pas exercer une contrainte contre lui-même. Ainsi donc la règle limitant l'Etat, prise en elle-même, ne serait pas une règle de droit, non pas tant parce qu'en fait elle est privée de sanction matérielle, mais parce qu'on ne conçoit pas la possibilité d'une sanction[1].

On a déjà répondu à l'objection[2] en montrant que la notion du droit était étrangère à la notion de contrainte, que cette notion existait alors même qu'en fait la contrainte fût impossible, alors même qu'elle fût inconcevable. Les gouvernants comme individus sont soumis au droit ; ils ne peuvent s'y soustraire en acquérant le monopole de la force. D'ailleurs si les règles limitant l'action de l'Etat n'étaient pas et ne pouvaient être des règles de droit, elles ne pourraient le devenir lorsqu'elles sont consacrées par une loi positive. Effective-

1. Seligmann, *Der Begriff des Gesetzes in materiellen und formellen Sinne*, p. 29 et suiv., 1886.
2. V. *supra.*, chap. II, §§ 3-5.

ment on ne conçoit pas plus la contrainte s'exerçant contre l'Etat dépositaire de la puissance de contrainte, lorsque la limitation de l'Etat est formulée dans une loi positive, que lorsqu'elle ne l'est pas. Si la loi positive a pour caractéristique l'ordre donné et la possibilité d'employer la contrainte, la loi positive qui consacre une règle limitant l'action de l'Etat ne pourrait être une loi au sens matériel. Et il faudrait dire que les Déclarations des droits, les lois constitutionnelles qui en France et en d'autres pays ont déterminé le domaine d'action de l'Etat, ne sont pas des lois positives au sens matériel. La conséquence est impossible. Quelques auteurs sont cependant allés jusque là[1]. C'est inadmissible. Thon[2] fait très justement observer que toute loi positive s'adresse en définitive à l'Etat, car elle lui commande de réprimer les actes des particuliers contraires au droit et de sanctionner ceux qui sont conformes au droit; toutes les lois positives sont donc des lois que l'Etat se donne à lui-même; finalement, une loi quelconque n'a jamais une sanction que par la volonté de l'Etat; toute loi est une limitation positive ou négative des pouvoirs de l'Etat. Si donc on poussait à l'extrême le raisonnement d'après lequel une limitation de l'Etat ne peut pas être en soi une règle de droit, il faudrait dire qu'il n'y a jamais de loi positive au sens matériel. Jellinek écarte les difficultés par la théorie de l'auto-limitation de l'Etat[3]. Laband[4] explique la chose en disant que, dans ces lois qui paraissent limiter l'action de l'Etat, l'ordre

1. Seligmann, *Der Begriff des Gesetzes*, p. 39.
2. *Rechtsnorm und subjektives Recht*, p. 4, 1878. — Cf. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, t. II, p. 7, 1883.
3. V. *supra*, chap. II, § 4. — Cf. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 214, et surtout *Allgemeine Staatslehre*, p. 302 et suiv. On a vu que dans son dernier ouvrage Jellinek est bien près d'admettre comme nous l'existence d'une règle juridique supérieure à l'Etat.
4. Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 489 et 666, 3e édit., 1895.

s'adresse non pas à l'Etat, ce qui est impossible, mais aux individus qui composent les divers organes de l'Etat, explication qui se concilie assez mal avec la proposition d'après laquelle « il n'y a pas de loi au sens matériel quand l'application d'une règle se concentre dans l'intérieur de l'apparat administratif ». Tout cela montre à quelles difficultés inextricables on aboutit, si, d'une part, on affirme la personnalité de l'Etat, et si, d'autre part, on conteste le caractère de règle de droit aux principes qui limitent négativement et positivement l'action des gouvernants[1].

Est-il exact d'ailleurs de dire que ces règles n'aient pas de sanction? Qu'il n'y ait pas, qu'il ne puisse y avoir de sanction directe par une contrainte organisée, cela est certain. Mais ne doit-on pas reconnaître que, même en rattachant la notion de droit à la notion de contrainte, une contrainte morale ou indirecte suffit pour servir de support à la notion de droit? Dans son dernier livre, Jellinek le démontre d'une manière saisissante. Les règles de droit, dit-il, ne sont pas « des règles de contrainte, mais des règles garanties », et cette garantie se trouve à la fois dans la reconnaissance des faits et dans l'aspiration constante de l'homme vers un droit supérieur[2].

Ihering dit que l'Etat crée le droit et se soumet au droit parce qu'il a compris qu'il serait mieux obéi s'il agissait conformément au droit et s'il se limitait par le droit[3]. Tel n'est point le vrai fondement du droit. Mais il est exact que la certitude qu'a l'Etat d'être plus sûrement obéi, s'il se soumet lui-même au droit et s'il n'emploie sa force que pour faire respecter le droit, sera une garantie relative que l'Etat n'excédera pas le

1. V. *infra*, chap. VII, §§ 3-5.
2. *Allgemeine Staatslehre*, p. 306 et suiv.
3. Ihering, *Der Zweck im Recht*, t. I, p. 367. — Cf. *supra*, chap. II, § 4.

droit. Il y a, dit-on, une certaine limite de fait au-delà de laquelle l'Etat ne peut pas se faire obéir. A notre avis, il y a plus que cela, il y a une limite de droit. Mais en effet cette impossibilité d'imposer l'obéissance, même par la force, au-delà d'une certaine mesure, constitue encore une sanction au moins indirecte des devoirs juridiques de l'Etat. Nous ne pouvons admettre, comme M. Saripolos, que, « à la souveraineté et en dehors d'elle, il n'y ait pas de limites juridiques » « que la science sociale et politique, science historique et d'observation, vienne en aide (à la science juridique) et corrige ce que cette notion de la souveraineté contient d'absolu, d'irréel et de dangereux[1] ». La notion de droit est générale; elle contient la notion de société tout entière. La science du droit est science sociale, puisqu'elle est la science des faits sociaux nés des rapports des volontés individuelles conscientes; elle est une science historique et d'observation[2]. Ou bien l'observation des faits plus particu-

1. Saripolos, *la Démocratie et l'Election proportionnelle*, t. I, p. 278, 279, 1899.

2. C'est la critique que nous adresserons particulièrement à M. Deslandres, qui, dans ses articles, d'ailleurs très nourris et très intéressants sur *la Crise de la science politique* (*Revue du droit public*, 1900, t. I), écrit : « Cette idée et cette espérance du règne du droit dans le domaine politique ne sont qu'une erreur et une illusion, pour cette raison que les grands pouvoirs de l'Etat, au-dessus desquels il n'y a rien, sont en dehors de la sphère du droit... Ces pouvoirs non soumis au droit, en définitive, sont moins des sujets de droit, des personnalités juridiques, que des forces souveraines que rien ne saurait entraver, si ce n'est la résistance qu'ils peuvent s'opposer les uns aux autres... D'où il résulte que le problème politique est un problème mécanique et non juridique » (p. 459). Notre distingué collègue oublie que les facteurs de ces forces sont des hommes conscients de leur être, et que, si le problème politique n'est pas un problème juridique, il est au moins un problème moral. En ne voyant dans les problèmes politiques que la rencontre de deux forces, qu'une pure question de mécanique, M. Deslandres retombe tout simplement dans l'erreur qu'il a si justement et si vivement reprochée à certains sociologues, et qui consiste à assimiler les faits du monde social aux faits du monde physique. Croit-il ainsi donner une solution à la crise de la science politique, si crise il y a?

lièrement économiques et politiques s'affranchit de la notion de solidarité : elle est alors une observation incomplète, parce qu'elle assimile les faits sociaux aux faits du monde physique; ou bien cette observation saisit la solidarité sociale : alors elle aboutit à la conception de la règle juridique, et cette observation des faits économiques et politiques vient, non pas fournir la limite de l'Etat, mais une sanction indirecte de ses devoirs juridiques objectifs. Dans les sociétés modernes, ces sanctions indirectes deviennent chaque jour plus énergiques, avec les progrès de l'instruction, avec les multiples manifestations de l'opinion publique. La presse constituerait en fait le meilleur frein à la tyrannie du pouvoir, si elle comprenait et remplissait impartialement sa vraie mission.

En tout cas l'individu ne peut être tenu de respecter la volonté des gouvernants, quand cette volonté n'est pas conforme au droit. Théoriquement cela est incontestable; cela est la conséquence logique de notre point de départ. La force de l'Etat, le pouvoir qu'ont les gouvernants d'imposer leur volonté par la force est un simple fait. Ce fait ne devient légitime que si la contrainte étatique s'exerce dans les limites du droit, pour sanctionner une volonté conforme au droit. Si cette volonté est contraire au droit, elle est comme si elle n'existait pas, personne ne lui doit le respect. Sans dire comme les anciens auteurs que le pouvoir politique repose sur un contrat synallagmatique entre gouvernants et gouvernés, sur un pacte de sujétion, et que si les gouvernants violent le contrat, les gouvernés sont déliés de l'obligation d'obéissance, il est vrai cependant qu'à une époque de civilisation avancée et de conscience individuelle précisée l'individu, qui a la notion claire de la règle de droit, accepte en général volontairement les choses voulues par

l'Etat, quand celui-ci met sa force au service du droit, et que, par conséquent, il ne les accepte plus du moment où les gouvernants veulent et agissent contre le droit. La volonté d'un monarque, d'une aristocratie ou d'une majorité, ne s'impose point au respect et à l'obéissance, quand elle viole le droit, même pour un seul individu. « Il y a oppression contre le corps social lorsqu'un seul de ses membres est opprimé. Il y a oppression contre chaque membre, lorsque le corps social est opprimé [1]. »

Faut-il aller plus loin. Les gouvernés ont-ils le pouvoir juridique d'opposer la force à la force, lorsque les gouvernants font des actes de contrainte contraires au droit? Il n'y aura de véritable sanction aux devoirs objectifs de l'Etat, que si on va jusque-là, jusqu'au droit à l'insurrection. Tout gouvernement, quel qu'il soit, qui emploie la force dont il dispose contre le droit, est un gouvernement oppresseur; et les gouvernés opprimés ont le devoir et le pouvoir juridiques de le renverser même par la force. Le pouvoir politique est un simple fait; c'est une force consciente plus grande que toute autre force. Si elle s'exerce conformément au droit, elle s'impose légitimement; si elle viole la règle de droit, elle reste un fait, une violence matérielle. Toute force consciente doit lutter contre elle. Suivant la forte expression de saint Thomas, « c'est alors le tyran qui est séditieux [2] ». En d'autres termes, tout gouvernement est tyrannique, quelle que soit la forme de ce gouvernement, même un gouvernement de suffrage universel, quand ce gouvernement viole habituellement les devoirs positifs ou négatifs que lui impose la règle de droit. Un

1. Déclaration des droits de 1793, art. 34.

2. *Somme théologique*, 2e partie de la 2e partie, question XLII, art. 2, n° 3, t. VIII, p. 201, 5e édit., Lachat-Vivès.

gouvernement tyrannique est une force brutale; toute force qui s'élève contre lui, dans le but d'assurer le respect du droit, est parfaitement légitime, puisqu'elle est déterminée par un but de solidarité. Ce n'est pas cette force opposante qui est révolutionnaire, elle représente au contraire le droit; c'est le gouvernement tyrannique qui était révolutionnaire. Tout gouvernement, établi par la force d'une révolution qui a renversé un gouvernement tyrannique, est un gouvernement légitime, si la révolution a été faite en vue du droit; il restera légitime tant qu'il remplira les devoirs que lui impose le droit et ne dépassera pas les pouvoirs qu'il lui reconnaît. Si à son tour il viole le droit, il devient une force illégitime, et toute force consciente a le devoir et le pouvoir juridique de le renverser, si elle en a la possibilité. Qu'on ne confonde pas du reste la question du droit à l'insurrection avec une question célèbre, qu'on a souvent confondue avec elle, la question du tyrannicide. Nous affirmons le droit à l'insurrection, mais la doctrine du tyrannicide est une doctrine barbare, suggérée à certaines époques par les passions religieuses et qui ne vaut même pas la peine d'être réfutée[1]. Une force quelconque, qui enlève la vie à un être humain, ne peut jamais être une force légitime. Mais il n'en est point de même du renversement par la force d'un gouvernement tyrannique; et la force est légitime puisque par hypothèse elle n'a d'autre but que la sanction du droit, à laquelle tous sont intéressés, même le tyran.

La question du droit à l'insurrection est très ancienne. Saint Thomas l'examine longuement; il la pose en la

1. Cf. Douarche, *De tyrannicidio apud scriptores* XVI[e] *seculi* (thèse latine), 1888. — Le représentant le plus connu de la doctrine du tyrannicide est Mariana, *De rege et regis institutione*, 1611.

forme théologique, en demandant si la sédition est toujours un péché. Ses conclusions valent la peine d'être rapportées. La sédition est toujours un péché, mais une résistance même par la force à un gouvernement tyrannique n'est pas une sédition : « Le gouvernement tyrannique n'est pas juste, parce qu'il ne tend pas au bien général, mais au bien particulier de celui qui gouverne... Et voilà pourquoi le trouble que l'on excite contre un pareil gouvernement n'a point le caractère de sédition, à moins qu'en excitant ce trouble on ne donne occasion à des désordres si grands que le peuple ait plus à souffrir de la révolution survenant que de l'empire du tyran. C'est plutôt le tyran qui est séditieux[1]... » Au XVI[e] siècle, l'auteur du *Vindiciæ contra tyrannos* affirme énergiquement le droit à l'insurrection, le droit de renverser même par la force un pouvoir tyrannique; il paraît, il est vrai, réserver ce droit aux représentants naturels du peuple[2]. A la fin du XVII[e] siècle, Locke fait une véritable théorie de la révolution, et il conclut au droit pour les individus de renverser le gouvernement qui excède ses pouvoirs. « Si le procédé injuste du prince ou du magistrat s'est étendu jusqu'au plus grand nombre des membres de la société et a attaqué le corps du peuple, ou si l'injustice ou l'oppression n'est tombée que sur peu de personnes, mais au regard de certaines choses qui sont de la dernière conséquence, en sorte que tous soient persuadés, en leur conscience, que leurs lois, leurs biens, leurs

1. *Somme théologique*, 2[e] partie de la 2[e] partie, question XLII, art. 2, n° 3, t. VIII, p. 200, 5[e] édit. Lachat-Vivès. — Contrairement à ce qu'on a dit quelquefois, saint Thomas paraît bien avoir repoussé le tyrannicide. Cf. *Commentaire sur les Sentences de Pierre Lombard*, liv. II, distinction 44, question II, art. 2 ; — *De regimine principum*, liv. I, ch. V et VI. Il est vrai que l'authenticité du *Regimine principum* est contestée.

2. *Vindiciæ contra tyrannos*, Edimbourg, 1579, p. 85. — Cf. Lureau, *les Doctrines politiques chez les écrivains protestants de la seconde moitié du XVI[e] siècle*, 1900.

libertés, leurs vies sont en danger et peut-être même leur religion, je ne saurais dire que ces sortes de gens ne doivent pas résister à une force si illicite dont on use contre eux... Quand les législateurs s'efforcent de ravir et de détruire les choses qui appartiennent en propre au peuple, ou de le réduire en esclavage sous un pouvoir arbitraire, ils se mettent dans l'état de guerre avec le peuple, qui dès lors est absous et exempt de toute sorte d'obéissance à leur égard... Toutes les fois donc que la puissance législative violera cette règle fondamentale de la société..., par cette brèche qu'elle fera à son crédit et à la confiance qu'on aurait prise en lui, elle perdra entièrement le pouvoir que le peuple lui avait remis pour des fins directement opposées à celles qu'elle s'est proposées, et il est dévolu au peuple, qui a droit de reprendre sa liberté originale..., de pourvoir à sa propre conservation et à sa propre sûreté[1]... » Rousseau ne pouvait admettre une pareille doctrine, car, d'après lui, la puissance de commander appartient à la collectivité, et la collectivité ne peut violer le droit parce qu'elle ne peut rien faire contre elle-même[2].

Les anciennes idées relatives au droit d'insurrection ont trouvé une expresion plus ou moins précise dans nos Déclarations des droits. L'influence de Locke n'y est certainement pas étrangère. Comme droits naturels et inaliénables de l'homme, la Déclaration de 1789 énumère « la liberté, la propriété, la sûreté et la *résistance à l'oppression* » (art. 2). La sûreté n'est pas, à proprement parler, un droit distinct des autres droits, ou plutôt elle est le droit pour l'individu que sa liberté et sa propriété soient garanties contre l'arbitraire du

1. Locke, *Du gouvernement civil*, chap. XVII, n° 11 ; chap. XVIII, n°s 13 et 14, p. 269 et 285, édit. française, Amsterdam, 1691.
2. V. les passages déjà cités du *Contrat social*, liv. I, chap. VII.

pouvoir. Quant au droit de résister à l'oppression, on l'affirmait sans donner aucune explication. On ne trouve dans les discussions rien qui permette de préciser le sens et la portée de la formule ; le texte fut voté sans observation. Très probablement dans la pensée des hommes de 1789, il y avait là simplement un principe théorique, sans conséquence pratique. Mais en 1793, on formule toute une théorie du droit à l'insurrection dans les articles 11, 12, 27, 33, 34 de la Déclaration, théorie que résume l'article 35 : « Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple et pour chaque portion du peuple le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs. » Les auteurs de ce texte ne se doutaient probablement pas qu'ils ne faisaient que reproduire une doctrine de saint Thomas ! La Convention assagie n'accepta point ces idées. Dans son rapport sur la Constitution de l'an III, Boissy d'Anglas écrivait que la Constitution de 1793 « avait organisé l'anarchie[1] ». La Déclaration des droits ne parle même pas de résistance à l'oppression, et l'article 1 dit seulement : « Les droits de l'homme en société sont la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété. »

Quoi qu'il en soit de ces doctrines et de ces déclations, le pouvoir et le devoir de refuser légitimement l'obéissance à un gouvernement tyrannique et de le renverser même par la force sont théoriquement incontestables. Mais nous accordons qu'en pratique l'exercice d'un pareil pouvoir présente de grands dangers. Tous les philosophes politiques, qui depuis saint Thomas jusqu'à Locke ont reconnu le droit d'insurrection, ont compris ces dangers et ont recommandé de n'user de ce droit qu'avec une extrême réserve. N'est-ce pas

1. *Moniteur* (réimpression), t. XXV, p. 81.

ouvrir toute grande la porte aux démagogues, aux ambitieux, aux « professionnels de l'émeute » qui, sous couleur de défendre le droit des individus opprimés, n'ont au fond d'autre but que de profiter personnellement des troubles qu'ils provoquent? On peut donc, on doit donc affirmer théoriquement le droit à l'insurrection. Mais pratiquement on ne peut s'en tenir là, et une obligation s'impose au juriste et à l'homme politique : donner une sanction pratique aux devoirs de l'Etat. Or cette sanction pratique ne peut se trouver que dans une certaine organisation du pouvoir politique. Le problème est donc celui-ci : comment organiser le pouvoir politique de manière à réduire au minimum le danger que les gouvernants prennent des décisions arbitraires, excèdent les bornes que leur impose la règle de droit? Est-ce là de l'art ou de la science[1]? Peu importe; la solution du problème s'impose.

Elle s'impose non seulement à l'homme politique, au jurisconsulte, mais à l'autorité politique elle-même. Une dernière obligation juridique incombe donc à l'Etat, laquelle comprend et sanctionne toutes les autres obligations : le devoir pour l'Etat d'organiser la force dont il dispose, de manière à réduire au minimum le danger d'arbitraire. Tout le droit constitutionnel positif repose sur cette règle, et il n'est que le développement, qu'on peut appeler *constructif*, de cette *norme*. Cette obligation générale et *sanctionnatrice*, on l'a reconnue depuis longtemps, et c'est sous l'empire de cette nécessité et de cette obligation que s'est formé le concept de loi positive[2]. Obligation pour l'Etat de s'organiser lui-même de façon à garantir autant que possible l'individu contre la force matérielle, obliga-

1. Cf. Deslandres, *la Crise de la science politique*, dans *Revue du droit public*, 1900, t. I, p. 247 et suiv.
2. V. *infra*, chap. VI, §§ 5 et 6.

tion pour l'Etat de statuer par voie générale et abstraite et de ne faire que les actes individuels autorisés par cette règle générale, voilà deux idées liées intimement l'une à l'autre. La notion de loi positive est venue ainsi compléter la notion de gouvernement politique et réaliser au moins en partie une sanction pratique des devoirs objectifs de l'Etat. Ces idées vont, nous l'espérons, s'éclairer et se préciser dans les pages qui suivent.

CHAPITRE V

LA VOLONTÉ DES GOUVERNANTS

I. Notion courante de la souveraineté de l'Etat-personne. — II. Formation historique de cette notion. — III. Formation historique (*suite*). — IV. Manifestation de la volonté gouvernante par la contrainte. — V. Manifestation unilatérale de la volonté gouvernante. — VI. Manifestation contractuelle de la volonté gouvernante. — VII. Manifestation contractuelle (*suite*). — VIII. Manifestation en collaboration de la volonté gouvernante (*Vereinbarung*).

Empereurs, rois, dictateurs, consuls, protecteurs, parlements, assemblées du peuple, expriment une volonté qui n'est donc en réalité que la volonté individuelle de un ou de plusieurs individus. Cette volonté n'a pas en soi un caractère propre qui lui donne une force spéciale. Mais déterminée par un but conforme au droit, elle s'impose; celui qui l'exprime, étant en fait plus fort que les autres, peut employer légitimement cette force à faire respecter sa volonté; et cette volonté produit tous les effet voulus dans la limite où ils sont conformes au droit. De volonté s'imposant souverainement, parce qu'elle est la volonté de la collectivité personnifiée, nous n'en trouvons point, nous n'en voyons nulle part. Des individus qui veulent employer leur force conformément ou contrairement au droit; une force légitime si elle est conforme au droit, tyranique si elle lui est contraire, voilà tout ce qu'il y a derrière ces mots d'Etat, de souveraineté politique, de volonté nationale. Et cependant les expressions de souveraineté, de volonté souveraine de l'Etat, de la nation, se rencontrent constamment dans les traités théoriques de

droit public et dans les lois positives elles-mêmes, particulièrement dans nos constitutions de la période révolutionnaire. Ces mots, au sens vague et indéterminé, n'expriment rien de réel. S'ils ont un sens, ils ne traduisent qu'une notion sans valeur, parce qu'elle n'est qu'une survivance d'un état de choses antérieur, aujourd'hui disparu.

I

Par une fiction, d'autres disent par une abstraction, on affirme que la volonté, qui en réalité émane des individus investis du pouvoir politique, est la volonté d'un être collectif, la nation, dont les gouvernants ne seraient que les organes. Ceux-ci, d'ailleurs, se sont de tout temps attachés à faire pénétrer cette idée dans l'esprit des peuples. Ils ont compris qu'il y avait là un moyen efficace de faire accepter leur pouvoir ou leur tyrannie; de là est née en partie la notion de souveraineté étatique. Notion artificielle et fausse qui pèse d'un poids lourd sur la science politique contemporaine. On discute sans fin le problème de la souveraineté étatique. Innombrables sont les définitions données de la souveraineté de l'Etat[1]. Il n'y a pas d'intérêt à les rapporter. Résumant très nettement la doctrine dominante, notre savant collègue, M. Esmein écrit: « L'Etat est la personnification juridique d'une nation, c'est le sujet et le support de l'autorité publique. Ce qui constitue en droit une nation, c'est l'existence, dans cette société d'hommes, d'une autorité

1. On trouvera rapportées dans Combothecra, *la Nature juridique de l'Etat*, p. 90, 1899, la plupart des définitions de la souveraineté. — V. aussi Le Fur, *l'Etat fédéré*, p. 418 et suiv., 1896.

supérieure aux volontés individuelles. Cette autorité, qui naturellement ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente, quant aux rapports qu'elle régit, s'appelle la *souveraineté*. Elle a deux faces : la *souveraineté intérieure* ou le droit de commander à tous les citoyens composant la nation et même à tous ceux qui résident sur le territoire national ; la *souveraineté extérieure*, ou le droit de représenter la nation et de l'engager dans ses rapports avec les autres nations. Le fondement même du droit public consiste en ce qu'il donne à la souveraineté, en dehors et au-dessus des personnes qui l'exercent à tel ou tel moment, un sujet ou titulaire idéal et permanent, qui personnifie la nation entière : cette personne morale, c'est l'*Etat*, qui se confond ainsi avec la souveraineté, celle-ci étant sa qualité essentielle[1]. » M. Esmein voit là « une abstraction puissante et féconde » ; nous y voyons, au contraire, une conception fausse et stérile.

C'est elle cependant qui a inspiré les rédacteurs de nos constitutions révolutionnaires, lesquelles ont créé notre droit public moderne. Elles aussi ont personnifié la nation, en ont fait le titulaire d'une volonté souveraine, quel que soit l'organe qui l'exerce, volonté souveraine ou souveraineté qui est une et indivisible comme toute volonté, qui est inaliénable comme toute volonté. La souveraineté dans nos constitutions n'est autre chose que la volonté de la nation, volonté supérieure à celle des individus, volonté une, indivisible et inaliénable, par cela même qu'elle est une volonté. L'article 1er du préambule du titre III de la constitution de 1791 est formel : « La souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation ; aucune section du peuple, ni aucun indi-

1. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, p. 1, 2e édit., 1899.

vidu ne peut s'en attribuer l'exercice[1]. » Formule identique dans la Déclaration des droits de 1793, article 25 : « La souveraineté réside dans le peuple ; elle est une et indivisible, imprescriptible et inaliénable » ; dans les articles 17 et 18 de la Déclaration des droits de l'an III : « La souveraineté réside essentiellement dans l'universalité des citoyens. Nul individu, nulle réunion partielle de citoyens ne peut s'attribuer la souveraineté » ; et enfin dans l'article 1er de la Constitution de 1848 : « La souveraineté réside dans l'universalité des citoyens français. Elle est inaliénable et imprescriptible. Aucun individu, aucune fraction du peuple ne peut s'en attribuer l'exercice. »

Ainsi le pouvoir politique est la volonté souveraine de la nation personnifiée. Dans toute nation, il n'y a qu'une souveraineté parce qu'il n'y a qu'une volonté, puisque la nation est une seule personne. Cette volonté est souveraine parce qu'elle est supérieure aux individus, parce qu'elle ne dépend d'aucun individu ni d'aucun groupe d'individus. Dans cette notion de souveraineté, il y a assurément, comme le fait observer Rehm[2], quelque chose de négatif, en ce sens que ce caractère de souveraineté est le caractère d'une volonté qui ne dépend d'aucune autre volonté. Mais la conception de souveraineté est bien aussi une conception positive, car la souveraineté est la volonté elle-même et parler de la souveraineté de l'Etat ou de la nation, c'est affirmer que la nation, que l'Etat ont une volonté. Cela est si vrai que les expressions souveraineté étatique et volonté étatique sont employées constamment comme synonymes. Jellinek montre bien ce double caractère négatif et positif de la souveraineté de l'Etat. « Pour

1. Rapprochez l'art. 3 de la Déclaration des droits de 1789.
2. Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, p. 62 (dans l'*Handbuch* de Marquardsen).

l'Etat moderne, dit-il, souveraineté a un double sens. Au point de vue négatif, le seul d'abord compris, elle signifie l'impossibilité de pouvoir être limité juridiquement par une autre puissance quelconque... Au point de vue positif, la souveraineté consiste dans l'exclusive capacité de la puissance étatique de donner à sa volonté souveraine un contenu synallagmatiquement obligatoire, de fixer en toute direction son ordre juridique propre... En bref, souveraineté signifie le caractère propre d'un pouvoir étatique, en vertu duquel il a exclusivement la capacité juridique d'auto-détermination et d'auto-obligation[1] ». Ainsi, le savant auteur, malgré qu'il en ait[2], démontre lui-même que la notion de souveraineté politique se rattache immédiatement à la notion de personnalité de l'Etat, de la collectivité. On a essayé de montrer aux chapitres précédents que cette personnification de l'Etat et de la collectivité était inadmissible, qu'il y avait là un procédé artificiel par lequel les juristes se plaçaient en

1. *Allgemeine Staatslehre*, p. 438, 1900.

2. Jellinek (*ibid.*, p. 442 et suiv.) dit que la souveraineté n'est pas un caractère essentiel de la puissance étatique, qu'il y a deux espèces d'Etats, les Etats souverains et les Etats non souverains, et que l'Etat membre d'un Etat fédéré est un exemple d'Etat non souverain. Mais, d'après l'auteur, le caractère propre de tout Etat est de posséder la puissance d'*Herrscher*, c'est-à-dire le pouvoir de formuler des ordres *inconditionnés* et d'en assurer l'exécution par la contrainte (*ibid.*, p. 388). Or précisément ce pouvoir n'est-il pas un pouvoir souverain? Quelle différence peut-il bien y avoir entre le pouvoir de formuler un ordre *inconditionné* et le pouvoir d'auto-détermination? En admettant la notion de souveraineté, n'est-il pas plus exact de dire que l'Etat membre d'un Etat fédéré est souverain dans le cercle d'attributions qui lui appartient? Mais alors on viole le principe de l'indivisibilité de la souveraineté que Jellinek est obligé de reconnaître (*Ibid.*, p. 452 et suiv., p. 457 et suiv.). Il faut donc dire que l'Etat membre n'est pas souverain. Mais, s'il n'est pas souverain, nous comprenons difficilement qu'il ait un pouvoir inconditionné et que, par conséquent, il soit un Etat. Ces quelques indications montrent à quelles difficultés les plus savants auteurs sont acculés, quand ils acceptent cette fausse et artificielle notion de souveraineté. — Cf. *supra*, chap. II, § 4.

dehors du monde réel. Cette notion de souveraineté, disent-ils, est la notion fondamentale du droit public; sans elle pas de droit public[1]. Singulier raisonnement. Qu'importe qu'il n'y ait pas de droit public? Nous n'admettrons jamais que, pour fonder une prétendue science, on soit obligé de se placer en dehors des faits et de créer une hypothèse fausse. Comme la notion de personnalité de l'Etat, la notion de volonté souveraine, de souveraineté, doit donc être bannie. Les longues et obscures controverses, qui remplissent tous les livres de droit public, ne sont-elles pas la meilleure preuve de la fausseté et du vide de cette conception? Il serait en outre aisé de montrer, mais la place n'en est pas ici, que la notion de souveraineté une et indivisible est absolument incompatible avec beaucoup de formes politiques modernes. On ne parviendra jamais à prouver, par exemple, que dans les pays fédérés il n'y ait pas deux souverainetés, que le même individu ne soit pas à la fois soumis à la souveraineté fédérale et à la souveraineté locale, bien que cependant il n'y ait qu'une nation. La Suisse, les Etats-Unis de l'Amérique du Nord, l'Allemagne même forment des nations unes; il ne devrait donc y avoir qu'une volonté nationale, qu'une souveraineté nationale une et indivisible. Or en est-il ainsi? On a essayé de le soutenir[2]; mais toutes les subtilités du monde ne changeront rien aux faits[3]: sur le même territoire et dans la même nation apparaissent deux volontés,

1. Esmein, *Eléments de droit const.*, p. 1, 2ᵉ édit., 1899.

2. Le Fur, *l'Etat fédéré* et la bibliographie très complète que donne l'auteur.

3. Cf. Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 50 et suiv., 3ᵉ édit., 1895, et rad. française Gandilhon, 1900, t. I, p. 98 et suiv. — Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 457 et suiv., p. 703 et suiv., 1900. — Il est vrai que dans la doctrine des deux auteurs l'Etat n'est point la nation personnifiée, mais une abstraction, une pure conception de l'esprit! Cf. *supra*, chap. IV, § 1.

toutes deux souveraines dans leur sphère. La souveraineté n'est donc pas toujours la volonté une et indivisible de la nation personnifiée. Or, ou la souveraineté n'est rien ou elle est cette volonté une de la nation; si elle n'est pas toujours cela, elle n'est pas.

Quelque fausse que soit la notion de souveraineté, volonté une et indivisible de la nation ou de l'État, elle occupe dans le droit moderne, non seulement dans les théories juridiques, mais encore dans les législations positives, et particulièrement dans notre droit public positif français, une place considérable. Elle constitue à ce titre un fait social, qu'il est impossible de négliger et qui doit arrêter notre attention. Beaucoup d'auteurs[1] ont compris que la notion moderne de la souveraineté de l'Etat, identifié avec la nation personnifiée, était un produit historique. Ils ont raison. Mais ils affirment qu'un progrès a été accompli, que par un long effort on a su dégager la notion de souveraineté de la notion de pouvoir personnel du chef ou de l'assemblée, que pendant longtemps la souveraineté a été considérée comme un droit dont le prince, le gouvernant était le titulaire, que par une heureuse évolution cette conception dangereuse et fausse a été abandonnée, et qu'on a compris que le vrai titulaire de la volonté souveraine était la collectivité nationale personnifiée. L'influence des précédents historiques sur le droit positif moderne est incontestable. Bien loin de nous la pensée de le méconnaître. Mais en disant que l'esprit moderne a su se détacher de l'ancienne conception, d'après laquelle le prince était personnellement titulaire de la souveraineté, on affirme une chose contraire

1. V. particulièrement Esmein, *Éléments de droit const.*, p. 2, 2e édit., 1899; — Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, p. 40 et suiv., et la bibliographie rapportée par celui-ci; — Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 394 et suiv.

au développement historique ; on crée une interruption dans l'évolution normale des idées. Bien loin que la notion de souveraineté nationale soit une sorte de réaction contre l'idée de souveraineté princière, elle en est au contraire la continuation et le développement. C'est en France que cette évolution historique apparaît surtout. Elle est l'œuvre de la Révolution française, dont tous les esprits en Europe ont reçu l'empreinte consciemment ou inconsciemment. Le législateur révolutionnaire était lui-même, à son insu, profondément pénétré des idées monarchiques ; il s'est borné à substituer la nation au roi et à construire la souveraineté nationale sur le modèle de la souveraineté royale. La notion de souveraineté de la nation est ainsi tout simplement une survivance de la conception de l'Etat princier, laquelle était elle-même un produit du régime féodal. Cette personnification de l'Etat, cette affirmation d'une souveraineté nationale, dont la nation personnifiée serait le sujet, trouvent ainsi leur origine première dans les institutions féodales et ne sont que la fausse adaptation au monde moderne d'une idée caduque. En niant la personnalité de l'Etat, la souveraineté, en ne voyant dans ce qu'on appelle le pouvoir politique que la volonté individuelle d'individus qui sont plus forts que les autres, nous nous dégageons donc d'un anthropomorphisme sans valeur et sans portée, et nous rejetons définitivement tous les restes de la conception féodale et princière de l'Etat.

Ajoutons toutefois que, tout en repoussant énergiquement la notion de souveraineté, nous reconnaissons volontiers que cette notion de souveraineté n'est pas absolument inconciliable avec un droit public interne ou international limitant les pouvoirs de l'Etat. De bons esprit ont parfois confondu la souveraineté de l'Etat avec la puissance absolue et sans limite de l'Etat.

Preuss, par exemple, s'attache à montrer la concordance des notions de souveraineté et d'Etat absolu. La notion de souveraineté parvenue à son entier développement aurait, d'après cet auteur, abouti à l'Etat absolu, exerçant une domination sans limite sur la collectivité, ne supportant ni au-dessus ni au-dessous de lui une communauté politique autonome, « ne pouvant, d'après sa nature, connaître aucun droit public, car si le droit est la limitation de la puissance de vouloir de la personnalité, la notion d'un droit implique que l'Etat est une personnalité, quoique la plus haute, limitée par d'autres personnalités; or cela est précisément l'opposé de l'Etat souverain[1] ». Preuss se trompe. Assurément, dans la théorie courante de la souveraineté, les deux notions d'Etat absolu et d'Etat souverain restent deux idées distinctes quoique voisines. La souveraineté de l'Etat, peut-on dire, est la volonté de l'Etat, considérée comme une personne, sujet de cette volonté. Cette volonté est souveraine, non pas en ce sens qu'elle est sans limite et sans restriction, provenant de l'existence d'autres personnalités, mais en ce sens que, dans une mesure déterminée précisément par le droit public, elle peut s'imposer comme telle sur un territoire déterminé et aux individus résidant sur ce territoire. Certains auteurs, on l'a vu, Jellinek par exemple, expliquent cela par la théorie de l'auto-limitation[2]; d'autres soutiennent encore la théorie classique des droits individuels venant s'imposer à l'Etat souverain. Peu importe. Pour nous qui

1. Preuss, *Gemein, Staat...*, p. 100 et suiv., 1889.

2. Jellinek écrit : « Souveraineté n'est pas absence de limitation, mais capacité d'auto-détermination exclusive et par suite d'auto-limitation, par le moyen de l'établissement juridique, d'un pouvoir étatique non juridiquement limité par une puissance extérieure... Souveraineté n'est donc pas toute-puissance étatique. Elle est puissance juridique et par suite liée par le droit » (*Allgemeine Staatslehre*, p. 438 et 439).

repoussons la notion de personnalité de l'Etat et de souveraineté de l'Etat, ces doctrines sont sans intérêt. Mais il était juste de noter que les deux conceptions d'Etat absolu et d'Etat souverain sont deux conceptions séparées. A la rigueur on conçoit que, bien que déclaré souverain, l'Etat puisse être limité par le droit et que la notion de souveraineté, telle qu'elle est admise généralement ne soit pas proprement exclusive d'un droit public interne et international. Il reste toutefois que cette notion ne répond à rien de réel et n'est autre chose que la survivance d'un loitain passé. Il faut essayer de l'établir.

II[1]

A la fin de l'ancien régime, le roi, pris comme individu, est propriétaire de ses droits de puissance, appelés souveraineté. Le roi individu est une personne ; ses droits de souveraineté sont une émanation de sa volonté, qui a une existence réelle. La transformation moderne, produit de la Révolution, consiste à remplacer le roi par la nation, à dire la nation là où on disait avant le roi. Le roi était une personne, la nation sera une personne ; on parlait de la volonté du roi, on dira la volonté de la nation. Le roi était propriétaire de sa souveraineté ; la nation sera titulaire de sa souveraineté. La souveraineté était le patrimoine du roi ; elle sera le patrimoine de la nation. La Révolution et les idées qui en dérivent ne créent ici rien de nouveau ; elles con-

1. Sur l'histoire de la notion de souveraineté, voyez surtout Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, p. 40 et suiv., 1899, et la bibliographie abondante qui y est rapportée ; — Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 394 et suiv.

tinuent le passé ; elles appliquent la conception patrimoniale de la souveraineté ; elles changent seulement le titulaire de cette souveraineté. A tout patrimoine, il faut un sujet ; c'était autrefois le roi ; ce sera désormais la nation personnifiée. Toutes ces idées sont connexes ; et elles puisent leur origine dans le régime féodal, qui a laissé ainsi ses traces jusque dans le monde moderne.

Au point de vue juridique, le régime féodal est caractérisé en principe par ce fait que les rapports de gouvernants et de gouvernés ne sont point considérés comme les rapports de supérieurs à subordonnés, mais comme les rapports de deux contractants. Une série de contrats imposent des obligations réciproques aux divers membres de la hiérarchie féodale. En outre, quand le régime féodal est définitivement organisé, la hiérarchie des terres correspond à la hiérarchie des personnes ; et les pouvoirs et les devoirs de chacun sont intimement liés à la terre qu'il détient. Par une série de transformations, que nous n'avons pas à décrire, l'Etat princier succède partout en Europe au régime féodal. Au XVI[e] siècle, l'évolution est à peu près achevée. Le prince est considéré comme propriétaire de la puissance publique ; et c'est la conséquence toute naturelle des idées féodales. A l'origine de la période féodale le roi n'est qu'un seigneur comme un autre, propriétaire de son fief, et exerçant sur ses vassaux certains droits en vertu du contrat réel qui se rattache à cette propriété féodale. Par un long travail qui se produit dans toute l'Europe, qui est en France particulièrement actif et intéressant, les rois et leurs légistes construisent la puissance politique et souveraine du prince ; mais cette puissance politique conservera le caractère qu'elle a reçu de l'empreinte féodale ; elle restera la propriété personnelle du prince.

Pour édifier la puissance politique du roi, on invoque surtout ce principe du droit féodal que le roi a pour mission première et essentielle de faire régner la justice, d'assurer la paix publique[1] ; et le droit de justice féodale devient un droit royal qui s'étend au-dessus des vassaux sur tous les individus. On dénature peu à peu le vrai caractère des relations féodales afin de permettre au roi de passer par-dessus la tête des seigneurs et d'atteindre ses sujets. Pour ne citer qu'un exemple, la redevance, due en vertu du contrat féodal par le vassal à son suzerain, devient peu à peu l'impôt royal, l'impôt au sens moderne du mot. Le roi cesse peu à peu d'être un suzerain qui contracte pour devenir un maître qui commande. Mais cette suzeraineté était une propriété ; ce pouvoir sera aussi une propriété. Ajoutez à cela que les légistes et les princes trouvent dans le droit romain un précieux secours. Les jurisconsultes de Rome avaient élaboré la théorie de la propriété comme celle d'un droit absolu. En combinant ces principes avec les maximes féodales, on édifie le pouvoir royal sur le modèle du droit de propriété ; et au XVI[e] siècle, le roi, autrefois simple suzerain féodal, est *propriétaire* incontesté du pouvoir de légiférer pour tous, de lever l'impôt sur tous, de rendre la justice à tous et de frapper monnaie. Tout cela était en germe dans la seigneurie féodale ; la seigneurie était patrimoniale, la puissance royale reste aussi patrimoniale.

Les quelques jurisconsultes de l'ancienne France, qui ont écrit sur le droit public, ont mis nettement en relief ce caractère *patrimonial* de la puissance publique. Loyseau notamment est très précis à cet égard. Au *Traité des offices*, il écrit : « Le roi est parfaitement officier, ayant le parfait exercice de toute puissance publique...

1. V. Luchaire, *Histoire des institutions monarchiques de la France sous les premiers Capétiens*, t. I, p. 33 et suiv., 1883.

et est aussi parfaitement seigneur, ayant en perfection la *propriété* de toute puissance publique... Aussi il y a longtemps que tous les rois de la terre... ont prescrit la propriété de la puissance souveraine[1]. » Au *Traité des seigneuries*, Loyseau développe et précise la même idée. « La seigneurie, dit-il, en sa générale signification est définie : *puissance en propriété*... La puissance est commune aux offices et aux seigneuries; la propriété distingue les seigneuries d'avec les offices, dont la puissance n'est que par fonction ou exercice, et non pas *en propriété* comme celle des seigneuries[2]. » Puis Loyseau distingue deux espèces de seigneuries : les seigneuries publiques et les seigneuries privées. « La seigneurie publique est appelée publique parce qu'elle concerne et emporte le commandement ou puissance publique et qu'elle ne peut être exercée que par personne publique... La seigneurie publique est appelée en latin *imperium*, *potestas*, *dominatio* et par nous *domination* et proprement seigneurie[3]. » Donc si la *dominatio*, la *potestas* est une seigneurie, elle est une propriété du titulaire, puisque par définition même toute seigneurie est une propriété. Toutefois Loyseau fait lui-même une distinction entre la propriété de la puissance publique et la propriété privée, entre la seigneurie publique et la seigneurie privée : celui qui est soumis à la seigneurie privée est un esclave, celui qui est soumis à la seigneurie publique est un sujet[4]. D'autre part l'auteur ne considère pas seulement la monarchie, mais encore les autres formes d'Etat, et partout il voit une seigneurie, c'est-à-dire une propriété. « Selon la diversité des Etats, se communique aux divers *possesseurs* d'iceux, à savoir

1. Loyseau, *Traité des offices*, liv. II, ch. II, n[os] 21 et 28, p. 187 et 188, Paris, 1640.
2. Loyseau, *Traité des seigneuries*, chap. I, n° 25, p. 6, Paris, 1640.
3. Loyseau, *ibid.*, chap. I, n[os] 27 et 29, p. 6.
4. *Ibid.*, chap. I, n° 28, p. 6.

dans la démocratie à tout le peuple, comme à Rome où la majesté était attribuée au peuple en général et à chacun en particulier; en l'aristocratie la souveraineté réside par-devers ceux qui ont la domination, qui pour cette cause sont souvent appelés seigneurs. Finalement ès monarchies, elle appartient au monarque, qui pour cette raison est appelé souverain seigneur [1]. »

De cette conception de la *patrimonialité* de la puissance publique allaient résulter toute une série de conséquences, qui expliquent beaucoup de choses et qui devaient laisser des traces profondes dans le droit postérieur. Puisque le pouvoir du roi est un droit de propriété, il sera absolu comme le droit de propriété, tel que l'ont compris les Romains. Comme tout droit patrimonial, le pouvoir sera transmis héréditairement. L'hérédité de la puissance politique est, au XVIIe siècle, un principe à peu près généralement admis dans toute l'Europe. Mais, sous l'empire des nécessités pratiques, diverses modifications ont été apportées aux règles ordinaires de l'hérédité. Ainsi s'introduit le principe de l'indivisibilité de l'hérédité monarchique, auquel se rattache intimement la célèbre maxime de l'indivisibilité de la souveraineté. Mais, si d'une part on écarte par des considérations politiques quelques règles de l'hérédité ordinaire, au contraire on applique rigoureusement les règles du droit héréditaire propres à renforcer le pouvoir royal. S'introduisit ainsi notamment la règle de la permanence de la puissance royale, exprimée dans l'adage : « Le roi ne meurt jamais », ou : « Le roi est mort, vive le roi ! » C'était l'application pure et simple des principes du droit civil relatifs à l'hérédité. Loyseau l'explique nettement : « C'est la première maxime de notre droit français, *le mort saisit le vif*, qui fait qu'au

1. Loyseau, *Traité des seigneuries*, chap. II, n° 7, p. 14.

même instant que le roi défunt a la bouche close son successeur est roi parfait, par une continuation immédiate et du droit et de la possession de l'un à l'autre, sans qu'on y puisse imaginer aucun intervalle d'interrègne[1]. » Bodin, sans doute, ne paraît pas admettre la règle aussi rigoureusement, et il semble indiquer qu'il n'y a vraiment de puissance perpétuelle que dans la démocratie ou l'aristocratie, parce que le titulaire alors ne meurt jamais[2]. Mais on peut affirmer qu'au commencement du XVIIe siècle la perpétuité de la puissance publique est admise sans réserve, que le roi, qui en est le titulaire, est considéré comme toujours vivant. *Le roi ne meurt jamais*. Et voilà l'origine historique d'une règle positive du droit public moderne : la règle de la perpétuité, de la permanence de l'Etat. Cette notion, dit-on, ne peut s'expliquer que par la personnification de la nation. « L'Etat de sa nature est perpétuel, et son existence juridique n'admet aucune discontinuité. Personnifiant la nation, il est destiné à durer autant que la nation elle-même[3] ». Or il est si peu vrai que la règle de la permanence politique se rattache à la personnification de la nation et ne puisse s'expliquer que par elle, que cette règle dérive du droit monarchique, qui considérait le roi, en tant qu'individu, comme titulaire personnel de la puissance publique. Maintenant, était-il nécessaire, pour reconnaître la permanence des effets produits par un acte gouvernemental, de recourir à la fiction de la saisine héréditaire? Non point. On verra plus loin[4] que l'acte d'un gouvernant produit des effets durables, tout simplement parce que le but qui le détermine se rattache

1. Loyseau, *Traité des offices*, liv. I, chap. X, n° 58, p. 123, Paris, 1640.
2. Bodin, *les Six Livres de la République*, liv. I, ch. VIII ; liv. III, chap. I ; liv. IV, chap. IV ; liv. V, chap. VI ; liv. VI, chap. IV ; édit. française, Lyon, 1593.
3. Esmein, *Eléments de droit constit.*, p. 2, 2e édit., 1899.
4. V. *infra*, chap. V, § 4.

le plus habituellement à un intérêt permanent, et dont la permanence est considérée à un moment donné comme légitime, que cela n'est pas un caractère propre des actes émanés d'une volonté gouvernante et se retrouve dans tout acte d'une volonté individuelle déterminée par un but légitime, se rattachant aussi à des intérêts sociaux permanents. Il n'en est pas moins vrai que la conception de la permanence étatique puise son origine historique dans une règle du droit monarchique et que la notion de la patrimonialité du pouvoir politique conduit par un détour, par une fiction si l'on veut, à la perpétuité de l'Etat, laquelle ainsi est historiquement et logiquement tout à fait indépendante de la personnification de l'Etat.

La patrimonialité de la puissance publique conduisait aussi à reconnaître au roi, qui en est le titulaire, le droit de concession et le droit d'aliénation. Au droit de concession, se rattachent la vénalité et l'hérédité des offices de judicature et de finances. Au droit d'aliénation se lie la conception ancienne du domaine royal. Le titulaire de la puissance publique peut aliéner à prix d'argent la valeur pécuniaire de cette puissance, qui prend le non de *domaine*, et qui comprend non seulement les terres, forêts, etc., dont le roi est propriétaire, mais encore les droits de puissance, appelés *régaliens* et se traduisant en un profit pécuniaire : droits fiscaux sous toutes leurs formes, droits de justice... A cette idée se rattache la pratique des apanages, générale dans toute l'Europe à une certaine époque. Mais on sent le besoin d'arrêter les abus de ce droit d'aliénationon; comprend que, si la puissance publique est une propriété, elle n'est pas une propriété comme une autre; et, dès le xv[e] siècle, des ordonnances prohibent l'aliénation du domaine royal en général. L'ordonnance de Moulins (art. 1[er], 1566)

formule expressément la prohibition. Le domaine royal est inaliénable, et par ce mot domaine on entend non seulement les biens matériels, mais encore les droits de puissance dont le roi est le titulaire, les droits de souveraineté, ou du moins la plupart de ces droits. La souveraineté du roi est donc inaliénable, quoiqu'elle soit une propriété. Ainsi dérive encore du même droit monarchique la règle, inscrite dans toutes les constitutions de l'époque révolutionnaire : « La souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible .» (Const. de 1791, tit. III, pr., art. 1)[1]. C'était la souveraineté du roi qui était inaliénable ; ce sera désormais la souveraineté de la nation. Il faut dire d'ailleurs que les constituants de 1791, qui trouvaient cette règle dans le droit monarchique, la trouvaient aussi, inspirée par des idées différentes il est vrai, dans le *Contrat social*[2]. Les deux courants se rencontraient : la philosophie politique et le droit monarchique arrivaient à la même conclusion, qui s'imposait ainsi au législateur révolutionnaire, profondément monarchiste par tradition et philosophe par sentiment. Cependant, de l'inaliénabilité du domaine royal on ne retenait que l'inaliénabilité des droits de souveraineté; on séparait les biens corporels des droits de souveraineté; on déclarait les premiers domaines de la nation et comme tels aliénables par la volonté de la nation. La grande loi domaniale du 22 novembre 1790 ne peut laisser aucun doute à cet égard[3].

De tout cela il résulte bien que, dans la conception

1. V. Déclaration des droits de 1793, art. 25; — Déclar. des droits de l'an III, art. 17, 18; — const. de 1848, art. 1, 18.

2. V. *Contrat social*, spécialement liv. I, chap. VII, et liv. II, chap. I.

3. V. sur la loi domaniale du 22 novembre 1790, les deux rapports de Barrère, 10 avril 1790, et d'Enjubault, 8 novembre 1790, *Archives parl.*, 1re série, t. XII, p. 633, et t. XX, p. 316. Barckausen, *la Théorie des domaines*, *Revue critique*, 1884, p. 30.

de l'Etat princier, c'est la personne du roi qui est titulaire, propriétaire de la puissance, de la souveraineté. La Révolution et le droit public, qui en dérive, écartent la personne du roi et mettent la nation à la place. La puissance étant considérée comme un droit, puisqu'elle est une propriété, il faut une personne qui soit titulaire de ce droit; c'était la personne du roi, ce sera la personne de la nation; et la nation est ainsi personnifiée; la fiction de la personnalité est l'aboutissant du droit monarchique. Elle cadrait au reste merveilleusement avec la théorie du contrat social, avec le « *moi commun*..., la personne publique qui se forme ainsi par l'union de toutes les autres[1]... ». Le roi était déclaré souverain; la nation sera déclarée souveraine, et l'Etat, qui n'en est que la personnification, sera proclamé souverain. Mais qu'était donc exactement cette souveraineté qu'on attribuait au roi, qu'on assimilait à sa puissance et que l'on considérait comme patrimoniale?

III

La souveraineté n'a point été primitivement la puissance du roi elle-même; elle n'a été d'abord qu'un caractère particulier à certaines seigneuries, et notamment aux seigneuries royales; sans doute le caractère saillant, cependant point la seigneurie elle-même. Mais, à partir d'une certaine époque, on prit la partie pour le tout et on appela souveraineté cette puissance elle-même. D'où les confusions inextricables et les controverses qui existent encore aujourd'hui. Comment cela s'est-il fait?

1. *Contrat social*, liv. I, chap. VI, p. 128, Paris, 1817.

L'origine du mot souveraineté est toute féodale. Les deux mots latins, dont paraît dériver le mot français souveraineté, sont *superanus* et *supremitas*[1]. Ils désignaient le caractère de celui dont la seigneurie féodale ne relevait d'aucune autre seigneurie supérieure ou, suivant la formule souvent employée au moyen âge, celui dont la seigneurie ne dépendait que de Dieu. Cette définition on la trouve encore à la fin du xvie siècle et au commencement du xviie siècle, implicitement chez Loyseau et expressément chez Le Bret. Loyseau y fait allusion quand il intitule le chapitre II du *Traité des seigneuries :* « Des seigneuries souveraines. » Il est vrai que dans le chapitre lui-même il parle de la souveraineté, comme étant la puissance même de l'Etat et non point le caractère de certaines seigneuries. Mais Le Bret donne une définition très nette de la souveraineté, comprise comme le caractère de certaines seigneuries. « Quant à moi, dit-il, j'estime qu'on ne doit attribuer le nom et la qualité d'une souveraineté parfaite et accomplie qu'aux puissances qui ne dépendent que de Dieu seul et qui ne sont sujettes qu'à ses lois... Et, bien que toutes les seigneuries, qui donnent de l'autorité sur les hommes, tirent leur origine d'un même principe, ainsi que le dit le grand apôtre, *omnis potestas a Deo est*, néanmoins quand elles sont dépendantes et sujettes d'autres puissances supérieures, comme sont les feudataires et celles qui doivent tribut à d'autres, l'on ne peut pas dire qu'elles soient pleinement souveraines[2]. » Ainsi la souveraineté est tout simplement le caractère d'une seigneurie qui n'est pas feudataire ou tributaire d'une autre.

C'est en se plaçant à ce point de vue que les empereurs du Saint-Empire soutinrent pendant longtemps

1. Cf. Du Cange, V° *Supremitas*.
2. Le Bret, *De la Souverainetédu roi*, liv. I, chap. II, p. 5, Paris, 1642.

qu'eux seuls avaient la *supremitas*, qu'eux seuls dépendaient seulement de Dieu, et que tous les rois de l'Europe, même le roi de France, étaient feudataires de l'empire germanique. Les Glossateurs, Dante dans la *Monarchia*, Barthole et encore Alciat au commencement du XVIe siècle essayent d'appuyer cette prétention sur des arguments de droit. Les rois de France et leurs légistes protestèrent toujours énergiquement contre cette revendication. Philippe le Bel et Charles V notamment affirment solennellement que la *supremitas* appartient au roi de France, c'est-à-dire que sa puissance n'est vassale d'aucune autre puissance terrestre. Ainsi s'introduit le principe bien connu : « Le roi de France ne tient son royaume que de Dieu et de son épée », formulé dans les termes suivants aux *Etablissements de saint Louis :* « Le roy ne tient de nullui, fors de Dieu et de luy[1]. » Cette règle n'est point, contrairement à ce qui a été souvent dit, l'expression de la théorie du droit divin, qui est dans le droit français de beaucoup postérieure. La formule est d'abord l'affirmation de l'indépendance du roi de France à l'égard de la suprématie à laquelle prétendait l'empereur. Elle est aussi une protestation contre la suprématie à laquelle certains papes jusqu'à Boniface VIII voulurent prétendre. Une autre formule exprimait encore l'indépendance du roi de France à l'égard de l'empereur : « Le roi est empereur dans son royaume. » Maxime très ancienne, que vise déjà dans la seconde moitié du XIIIe siècle Durand de Mende, quand il déclare que tous les princes de la terre sont soumis à l'empereur, maître du monde (en vertu de la loi *Rhodia de jactu*), hormis le roi de France, *propter regem Franciæ*. Il dit aussi que le roi de France ne reconnaît pas de supérieur dans les choses

1. *Etablissements de saint Louis*, liv. I, chap. LXXXIII, p. 135 ; liv. II, chap. XIV, p. 370, et chap. XX, p. 403, édit. P. Viollet, Paris, 1881.

temporelles[1]. Ainsi l'idée de la *supremitas* du roi de France, de la souveraineté du pouvoir royal, se forme sous l'empire de la nécessité d'affirmer que cette puissance n'est vassale ni du pape ni de l'empereur. La souveraineté est un caractère simplement négatif du pouvoir royal : elle signifie que le pouvoir royal n'est pas subordonné à une autre puissance terrestre.

Cependant on doit dire qu'au XIII[e] siècle l'expression française de *souveraineté* elle-même n'est point appliquée exclusivement au roi. Philippe de Beaumanoir, qui, au chapitre LXI, § 72, parle de la souveraineté du roi, des appels qui sont portés devant lui *par reson de le sovraineté*, dit au chapitre XXXIV, § 41 « *car çascuns baron est souverains en sa baronnie* ». Mais le sens du mot *souveraineté* n'en reste pas moins le même : c'est un caractère de la seigneurie féodale, et Beaumanoir veut dire simplement que pour les affaires intérieures de sa baronnie le baron ne dépend d'aucun suzerain. Au reste Beaumanoir ajoute que le caractère de souverain appartient avant tout au roi. « Voirs est que li rois est soverains par desors choses, et a, de son droit, le général garde de son roiame... Et... parce qu'il est souvrains par desor toz, nous le nommons quand nos parlons d'aucune sovraineté qui lui appartient[2]. » A partir de la seconde moitié du XV[e] siècle, l'expression de souverain s'applique exclusivement au roi. Cette qualité propre au roi se manifeste dans la formule : *Par la grâce de Dieu*. Le duc de Bretagne s'étant qualifié *seigneur par la grâce de Dieu*, Louis XI lui fait énergiquement défense de s'attribuer ce titre. Philippe de Bourgogne, ayant employé la même formule dans la

1. *Speculum juris*, liv. II, partie III, *De appellationibus*, § 4, t. II, p. 842, Venise, 1602.

2. Philippe de Beaumanoir, *les Coutumes du Beauvoisis*, chap. XXXIV, § 41, chap. LXI, § 72 ; t. II, p. 22 et p. 407, édit. Beugnot, 1842.

publication de la coutume de Bourgogne, le commentateur Chasseneuz déclare que ce titre n'appartient point au duc de Bourgogne, parce qu'il est vassal du roi, *cum alium superiorem recognoscerit*[1]. Et Pasquier dit au XVIe siècle : « Voilà comme d'un mot de souverain, qui s'employait communément à tous ceux qui tenaient les premières dignités de la France, mais non absolument, nous l'avons avec le temps accommodé au premier de tous les premiers, je veux dire au roi[2]. »

Ainsi, au milieu du XVIe siècle, ce mot souveraineté a un sens bien précis et bien clair : il désigne le caractère de toute puissance qui est une puissance non vassale, et particulièrement le caractère de la puissance royale, qui n'est vassale d'aucune autre. Mais bientôt, par un phénomène fréquent dans l'histoire des langues, le mot souveraineté, qui ne désignait qu'un simple caractère de la puissance royale, et même un caractère surtout négatif, va servir à désigner la puissance royale elle-même. Puisque c'est une qualification qui ne s'applique plus qu'à la puissance royale, on est tout naturellement amené à appeler *souveraineté* la puissance royale elle-même. L'auteur de *la République*, Bodin, employa le premier le mot de souveraineté en ce sens : c'était faire une confusion et provoquer les obscurités et les controverses interminables de l'avenir.

Bodin définit la souveraineté : « La puissance absolue et perpétuelle d'une république. » Puis il analyse ce qu'il appelle les *marques* de la souveraineté. La première et la plus essentielle est de « *donner des lois à tous en général et à chacun en particulier*, et cela sans le consentement de plus grand, ni de pareil, ni de

1. V. Laurière, *Commentaire sur les Institutes de Loisel*, liv. I, n° 20, t. I, p. 29, édit. Dupin et Laboulaye, 1846.
2. Pasquier, *Recherches sur la France*, liv. VIII, ch. XIX, t. I, col. 795, Amsterdam, 1723.

moindre que soi ». Le souverain donne des lois aux sujets sans leur consentement; et il n'est pas tenu d'obéir à ses propres lois. Les autres marques de la souveraineté sont de traiter la paix et la guerre, d'instituer des offices, de juger en dernier ressort et de faire grâce[1]. Il est de toute évidence que Bodin se borne à énumérer les droits reconnus au roi, qu'il n'emploie plus le mot souveraineté pour désigner le caractère de la seigneurie royale de n'être soumise à aucune autre seigneurie, que la souveraineté est la puissance du roi elle-même. La puissance du roi étant une puissance absolue, puisqu'elle est construite sur le modèle de la propriété romaine, la souveraineté ne sera pas autre chose que le pouvoir absolu du roi. Cependant Bodin reconnaît l'existence de certaines lois, qui s'imposent au respect même du souverain : les lois de Dieu et de nature, et les lois fondamentales sur l'établissement du royaume, en vertu desquelles notamment le roi ne peut lever d'impôt sur ses sujets sans leur consentement. La souveraineté n'en restait pas moins dans la conception de Bodin la puissance absolue du roi[2].

Mais la transformation du sens donné au mot souveraineté est désormais acquise sous l'influence de Bodin. Loyseau lui-même, qui, on l'a dit plus haut, dans certains passages de ses écrits, comprend la souveraineté comme étant le caractère de certaines seigneuries, désigne aussi par souveraineté la puissance absolue du roi. On a vu que pour Loyseau la seigneurie publique était une puissance publique en propriété. Il divise les seigneuries publiques en seigneuries *suzeraines* et sei-

1. Bodin, *les Six Livres de la République*, liv. I, chap. VIII et X, édit. franç., Lyon, 1593.

2. Cf. Baudrillart, *Bodin et son temps*, particulièrement p. 150; — Hancke. *Bodin. Eine Studie über den Begriff der Souverainetät*, 47e cahier des *Untersuchungen*, publiées par Gierke, 1894.

gneuries *souveraines*. « Cette souveraineté, ajoute-t-il, est en propre seigneurie de l'Etat... La souveraineté est du tout inséparable de l'Etat... Or elle consiste en *puissance absolue*, c'est-à-dire parfaite et entière de tout point... et par conséquent elle est sans degré de supériorité, car celui qui a un supérieur ne peut être *suprême* et *souverain*,... elle est sans limitation de temps ;... elle est sans exception de personnes ou de choses aucunes... Et comme la couronne ne peut être si son cercle n'est entier, aussi la souveraineté n'est point si quelque chose défaut. » Loyseau dit encore : « Car enfin la souveraineté est la forme qui donne l'être à l'Etat : même l'Etat et la souveraineté prise *in concreto* sont synonymes ; et l'Etat est ainsi appelé par ce que la souveraineté est le comble et période de puissance où il faut que l'Etat s'arrête et établisse[1]. » Ainsi pour Loyseau, la souveraineté est bien en définitive la puissance absolue et sans limite de l'Etat, et dans les monarchies, particulièrement en France, la puissance absolue et sans limite du roi. Néanmoins Loyseau admet lui aussi une restriction provenant des lois de Dieu, de la justice naturelle et des lois fondamentales du royaume[2].

Dans le traité déjà cité *De la souveraineté du roi*, Le Bret donne d'abord au mot souveraineté son sens originaire et féodal, désignant le caractère de certaines seigneuries. Mais il abandonne bientôt ce point de vue ; et finalement la souveraineté est pour lui, comme pour Bodin et pour Loyseau, l'ensemble des pouvoirs du roi. Le titre même de l'ouvrage le montre ; sous cet énoncé de *souveraineté du roi*, l'auteur énumère et étudie tous les pouvoirs du roi. Le Bret écrit : « La souve-

1. Loyseau, *Traité des seigneuries*, chap. II, nos 4-9, p. 14 et 15, Paris, 1640.
2. Loyseau, *ibid.*, chap. II, nos 8-9, p. 15.

raineté est à la royauté ce que la lumière est au soleil, sa compagne inséparable[1]. »

On voit ainsi l'évolution qui s'est accomplie. La souveraineté est d'abord simplement le caractère d'une seigneurie qui n'est ni tributaire ni vassale. Cette expression s'applique surtout à la seigneurie royale. Puis on prend la partie pour le tout, et le mot souveraineté désignera la puissance royale elle-même. La souveraineté devient la suprême puissance du roi. Cette souveraineté n'a de limite que celles fixées par les lois de Dieu, les lois de la justice naturelle, et pour beaucoup d'auteurs, par les lois fondamentales du royaume. Cette souveraineté ainsi comprise est l'ancienne seigneurie féodale non vassale ; et comme cette seigneurie, elle est restée *une propriété fixée en la personne du roi*. « La première place, dira Domat au XVIIe siècle, où réside la force de l'autorité du souverain dans son Etat, et d'où elle doit se répandre dans tous le corps, est *sa personne même*[2]... » L'Etat est sans doute une personne, parce qu'il se résume dans la personne du roi, titulaire de cette propriété qu'on appelle la souveraineté ; et la phrase célèbre attribuée à Louis XIV : « L'Etat, c'est moi » est l'expression parfaitement exacte de la conception juridique. Cette souveraineté est un droit de propriété qui a pour titulaire la personne du roi. Elle est une propriété, mais une propriété une et indivisible, une propriété inaliénable, une propriété permanente. On a montré plus haut pourquoi on lui reconnaît ces caractères. Cette souveraineté est une propriété absolue, comme tout droit de propriété, sauf cependant certaines restrictions tenant à la nature des choses ; et encore l'édit de 1770 affirme-t-il qu'il n'y a

1. Le Bret, *De la souveraineté du roi*, liv. I, chap. II, p. 5, Paris, 1642
2. Domat, *Le droit public*, tit. IV, sect. I, n° 3, p. 21, Paris, 1713.

aucune restriction tenant à de prétendues lois fondamentales. Enfin cette souveraineté, droit de propriété fixé en la personne du roi, se manifeste surtout dans la loi qui est l'expression de la volonté du souverain, du roi.

Les notions modernes de personnalité de l'Etat, de souveraineté une et indivisible, inaliénable et imprescriptible, de loi conçue comme l'expression de la volonté nationale, dérivent directement de là. Et partant elles sont aussi artificielles que les conceptions dont elles découlent. On connaît les théories de Locke, de Rousseau et de Montesquieu ; on sait le prestige et l'influence qu'eut en France la constitution américaine votée par le Congrès de Philadelphie en 1787. Pleins d'admiration pour ces doctrines et cette constitution, les membres de l'Assemblée constituante de 1789 sont en même temps pénétrés des conceptions princières et monarchiques. Or, il se trouve que par une simple modification de mot ces vieilles conceptions de souveraineté peuvent se concilier merveilleusement avec les doctrines de Locke, de Rousseau, de Montesquieu et avec les principes de la constitution américaine. Il suffit en effet de substituer la nation au roi. Le roi était naturellement une personne titulaire de droits, titulaire de la souveraineté. La nation sera elle aussi une personne; elle sera titulaire de la souveraineté. L'Etat était le roi; il sera la nation personnifiée. L'Etat sera une personne. Cette personification de l'Etat n'est point la constatation scientifique d'une réalité; l'Etat est une personne, non point parce qu'on reconnaît que la collectivité est une réalité métaphysique ou organique, mais parce qu'on ne conçoit la souveraineté que comme un droit de propriété, parce qu'on a toujours vu dans le roi le titulaire personnel de ce droit, parce qu'on met la nation à la place du roi,

et qu'elle sera comme lui titulaire personnel de ce droit. Ce n'est qu'après coup qu'on s'avise de rechercher si en réalité, en effet, la nation n'est pas une personne. Au reste la conception du *moi commun*, affirmée par Rousseau, donnera une explication, qui paraîtra suffisante, bien qu'au fond elle n'explique rien. Nous voudrions faire toucher du doigt l'évolution qui s'accomplit alors. De tout temps on a vu une personne réelle, un individu conscient et voulant, titulaire de la puissance publique ; on ne conçoit pas la puissance publique, qui est une propriété, sans une individualité qui lui serve de support et de sujet. Le roi ne sera plus ce titulaire de la souveraineté ; il deviendra seulement un agent de la nation, peut-être même un représentant[1]. Le titulaire de la souveraineté a toujours été une personne ; la nation, qui devient titulaire de la souveraineté, sera aussi une personne.

Le mot de souveraineté qui, on l'a montré, ne désignait primitivement que le caractère de certaines seigneuries féodales, a servi, à partir de la fin du XVIe siècle, à nommer la puissance absolue et sans limite du roi. Le mot sera conservé pour désigner la puissance dont la nation devient titulaire. A la rigueur, le mot souveraineté pouvait servir pour désigner le pouvoir du roi, puisque ce pouvoir n'était, à tout prendre, qu'une ancienne seigneurie féodale souveraine, et qu'en fin de compte on ne faisait que prendre la partie pour le tout, ou, si l'on veut, désigner ce tout par son caractère le plus saillant. Le mot souveraineté n'a plus de raison d'être pour désigner le pouvoir de la nation, qui ne peut se traduire que par une majorité numérique et qui n'est point une seigneurie féodale transformée. Le mot sou-

1. La const. de 1791, tit. III, Pr., art. 2, le qualifie de représentant ; mais ce texte ne fut voté qu'après une très longue discussion V. *Arch. parl.*, 1re série, t. XXIX, p. 326, séance 10 août 1791.

veraineté devrait disparaître définitivement de la langue politique. Et cependant on le conserve. Le roi était souverain, on sait pourquoi. La nation qui le remplace sera souveraine comme lui. On disait la souveraineté du roi; on dira la souveraineté de la nation. Cela n'a pas de sens. Mais qu'importe? On est monarchiste avant tout. Un peuple n'a pas vécu de longs siècles sous le sceptre d'un roi, sans être imprégné jusqu'aux moelles des idées monarchiques. Le mot est passé depuis longtemps dans l'usage. Les mots survivent souvent aux choses. Ancien seigneur féodal, indépendant de tout suzerain, indépendant du pape et de l'empereur, le roi était un seigneur souverain ; et la seigneurie dont il était propriétaire était une souveraineté. La nation personnifiée remplace la personne du roi; elle sera souveraine comme lui. Cette souveraineté de la nation sera une propriété comme la souveraineté du roi. La souveraineté de la nation aura les mêmes caractères que la souveraineté du roi. Elle sera comme elle une propriété une et indivisible, inaliénable et imprescriptible[1]. La souveraineté royale avait pour support la volonté personnelle, une et indivisible, du roi; la souveraineté nationale aura pour support la volonté de la nation personnifiée, elle aussi une et indivisible. Cette idée de l'unité et de l'indivisibilité de la souveraineté, considérée comme la volonté une et indivisible de l'Etat personnifiant la nation, deviendra un principe, une sorte de dogme et sera la cause de toutes sortes de difficultés. Quoique démentie par les faits, l'école voudra la maintenir et se perdra en controverses subtiles pour concilier la réalité avec une affirmation gratuite. Quant à l'idée de l'inaliénabilité de la souveraineté, on la trouvait aussi dans le *Contrat social*,

1. Const. de 1791, tit. III, Pr., art. 1.

et Rousseau la justifiait en disant que la volonté qui s'aliène se détruit elle-même. « Le pouvoir peut bien se transmettre, mais non pas la volonté[1]. » On sait que par suite Rousseau repoussait tout système représentatif. La constitution de 1789, les constitutions et les doctrines qui s'en sont inspirées postérieurement, n'ont pas admis cette conséquence cependant logique de l'inaliénabilité de la souveraineté; elles ont au contraire formulé le principe de la représentation, d'où des difficultées nombreuses et parfois des contradictions insolubles, qu'ont aperçues les auteurs modernes, dont plusieurs nient toute idée de représentation[2].

Enfin la loi était la manifestation de la volonté souveraine du roi; elle sera la manifestation de la volonté souveraine de la nation. Rousseau avait dit que la loi est « l'expression de la volonté générale », il avait d'ailleurs ajouté très justement : « La matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue[3]. » La loi était l'expression de la volonté du roi, elle sera l'expression de la volonté de la nation. Cette définition cadre très bien avec les souvenirs de l'Etat princier; il suffit de changer un mot, et tout s'accorde : les principes de Rousseau et les anciennes idées politiques. On définira donc la loi « l'expression de la volonté générale[4] »; on dira à maintes reprises dans les débats que la loi est « l'expression de la volonté des gouvernés[5] »; c'est au fond identiquement la même idée.

1. *Contrat social*, liv. II, chap. I, *Œuvres*, t. II, p. 139, Paris, 1817.

2. V. notamment Saripolos, *la Démocratie et l'élection proportionnelle*, 1899, et la bibliographie très complète rapportée par l'auteur. — Cf. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 517 et suiv.

3. *Contrat social*, liv. II, chap. VI; *Œuvres*, t. II, p. 156, Paris, 1817. — Cf. *infra*, chap. VII, §§ 1 et 2.

4. Déclaration des droits de 1789, art. 6.

5. Les discussions sur la nature de la loi eurent surtout lieu au moment des longs débats sur le *veto* royal, aux mois d'août et de septembre 1789. V. *Arch. parl.*, 1re série, t. VIII, p. 504 et suiv., t. IX, p. 1 et suiv.

On en trouve encore l'inspiration dans l'article 6 de la Déclaration des droits : « Tous les citoyens ont le droit de concourir... à la formation (de la loi). »

Personnalité et souveraineté de l'Etat sont donc ainsi un produit du droit monarchique pur, né lui-même du régime féodal. Comme toutes les idées sociales, elles sont sorties des faits et ont été, à un moment donné, en correspondance exacte avec ces faits. Mais les deux choses ont survécu aux causes qui les avaient produites ; dès lors, les mots de personnalité, de volonté, de souveraineté, qui pendant longtemps avaient exprimé des réalités, ne sont plus maintenant que des sons vides. La prétendue personnalité de l'Etat s'évanouit ; elle existait quand un prince lui servait de support ; c'était la personnalité du prince ; aujourd'hui, il y a des individus qui veulent ; de personne collective, nous n'en voyons point. Née du régime féodal, la souveraineté, d'abord caractère d'une certaine seigneurie, est devenue cette seigneurie, cette propriété elle-même, le droit de puissance dont le roi était titulaire, et dont on veut faire l'Etat-personne le sujet. Mais l'idée de souveraineté-propriété aurait dû disparaître avec les derniers restes de l'Etat féodal et princier. En affirmant le droit de commander comme nécessaire, on ne s'aperçoit pas qu'on ne fait que maintenir les principes de la monarchie absolue, nés eux-mêmes, par l'effet d'une lente évolution, des règles féodales. Le droit de commander n'est point légitime en soi qu'on l'attribue à la collectivité personnifiée, ou qu'on le reconnaisse à un roi ou à un seigneur. Souveraineté-propriété, droit de puissance, autant de choses, qui ont pu à un moment donné correspondre à des réalités, qui ne sont plus que des fictions, des abstractions vaines. Dans les rapports internationaux, le mot de souveraineté peut être conservé ; il désigne quelque chose de net et de réel ;

il a un sens analogue à sa signification primitive; il qualifie la situation du gouvernant, qui, dans ses relations avec les gouvernants d'une société étrangère, ne relève d'aucun autre gouvernant la situation d'un gouvernement qui n'est ni tributaire, ni vassal, ni protégé. En droit international, la souveraineté est une notion très précise et très exacte[1]. En droit interne, la souveraineté n'est rien, ne peut rien être. Elle est un mot commode pour justifier l'arbitraire du pouvoir et pour parer d'un aspect juridique des théories absolutistes. Du moment où l'idée qu'un homme peut commander parce qu'il est un seigneur a disparu, il ne peut plus être question de souveraineté. Que ce mot soit donc définitivement exclu de la science politique, les difficultés s'aplaniront, de nombreuses controverses apparaîtront dans leur vanité, et beaucoup de faits, que l'on veut faire rentrer de gré ou de force dans les vieux cadres, s'expliqueront d'eux-mêmes.

IV

Il reste donc que la société est simplement une réunion d'hommes unis par la communauté des besoins et la réciprocité des services rendus, la solidarité par similitudes et la solidarité par division du travail, qu'il y a des individus qui pensent et qui veulent, et seulement des individus. Parmi eux des individus plus forts que les autres peuvent et doivent employer la force

1. M. Despagnet définit la souveraineté en droit international « le pouvoir qu'a un Etat de s'affirmer comme personne morale indépendante vis-à-vis des autres Etats » (*Cours de droit intern. public*, p. 78, 2e édit. 1899).

matérielle dont ils disposent à la réalisation de la solidarité sociale. Ces individus sont appelés gouvernants, et toute société où cette différenciation s'est produite entre gouvernants et gouvernés est une société politique, un Etat si l'on veut. Ces gouvernants sont des individus comme les autres, et leur volonté est une volonté individuelle, exclusivement individuelle ; elle est la volonté d'eux-mêmes en tant qu'individus, et non la volonté d'une prétendue personnalité collective qui n'existe nulle part. De droit de puissance, de souveraineté, les gouvernants n'en ont pas plus que les gouvernés. On n'a jamais démontré pourquoi un homme aurait le pouvoir légitime de commander à un autre homme, pourquoi la majorité aurait le droit de commander à la minorité, pourquoi même l'unanimité moins un aurait le droit de commander à un seul. L'acte de volonté du gouvernant n'a pas de valeur parce qu'il émane du gouvernant. De ce que le gouvernant est en fait plus fort que le gouverné, il ne peut résulter que sa volonté ait comme telle la puissance de s'imposer aux gouvernés. Sa volonté est celle d'un homme, et elle a le pouvoir et seulement le pouvoir d'une volonté individuelle. Or on a établi précédemment[1] que toute volonté individuelle s'imposait légitimement aux autres, même par la force, lorsqu'elle était déterminée par un but de solidarité conforme à la règle de droit, c'est-à-dire par un but de solidarité sociale. Dès lors l'emploi de la force par le gouvernant sera légitime lorsque cette contrainte est simplement destinée à réaliser un acte de volonté, déterminé par un but conforme au droit.

Cette volonté, quoique individuelle, produira naturellement un effet qui durera autant que le but légitime

1. V. *supra*, chap. III.

qui l'a déterminée. Le caractère de permanence du but qui a déterminé cette volonté se retrouvera au même degré dans l'effet produit, puisque l'effet produit trouve sa cause motrice uniquement dans le but qui a déterminé cette volonté. Le but est à la fois la cause et la mesure de l'effet produit. Et par conséquent pour expliquer la permanence des lois, des décisions administratives ou judiciaires, des contrats d'Etat, dont l'effet subsiste malgré le changement des gouvernants, il n'est point nécessaire de recourir à la fiction de la personnalité de l'Etat. M. Esmein reconnaît lui-même que la personnalité de l'Etat « n'est qu'une fiction juridique[1]. » Pourquoi créer cette fiction, quand, par l'application normale d'une idée rationnelle et correspondant exactement à la réalité, on comprend très bien que toute volonté individuelle, déterminée par un but social, produise un effet social, persistant malgré la disparition du sujet de volonté qui l'a voulu. Dans ce qu'on est convenu d'appeler le droit privé, le phénomène se produit constamment. Les contrats ne restent-ils pas obligatoires malgré la disparition des contractants? Les fondations ne persistent-elles pas malgré la mort du fondateur? Pourquoi la volonté d'un gouvernant ne peut-elle pas produire les mêmes effets continus? Une volonté individuelle, quelle qu'elle soit, produira toujours l'effet adéquat au but juridique et partant social qui l'a déterminée. Le gouvernant veut par un acte unilatéral ou un acte contractuel en vue d'un but de solidarité sociale; le résultat voulu se produira; et il aura naturellement le caractère de continuité, de permanence, qui correspond au but légitime qui a inspiré l'acte de volonté. Nous répondons ainsi à l'argumentation de Jellinek, qui, en fin de compte, pour

1. Esmein, *Eléments de droit const.*, p. 3, 2e édit., 1899.

démontrer que l'Etat est une personne juridique, se borne à affirmer que cette conception peut seule expliquer l'unité et la permanence de l'Etat, malgré le changement des gouvernements[1]. Mais, la personnalité de l'Etat n'étant, de l'aveu même de l'auteur, qu'un concept de l'esprit, elle ne peut rien expliquer. Elle peut être au plus une forme de la pensée, voire même seulement un terme du langage, mais qui a le tort grave de déformer la réalité et de provoquer des idées fausses. Au reste, on l'a déjà dit, Jellinek reconnaît lui-même que toute volition gouvernante est en réalité uniquement une volition individuelle. Un acte de volonté individuelle, voilà le seul fait que nous puissions affirmer.

Mais en même temps l'auteur de cet acte de volonté est un gouvernant, c'est-à-dire le détenteur de la force matérielle, et pour obtenir le respect de sa volonté, pour assurer la réalisation du résultat voulu, il emploiera la force dont il dispose. Cette contrainte mise en œuvre est-elle légitime ? Cette contrainte n'est pas légitime en soi, parce qu'elle émanerait d'un prétendu souverain. Ce prétendu souverain est un homme ou un groupe d'hommes plus forts que les autres. La contrainte est légitime, salutaire même, seulement lorsque le détenteur de la plus grande force l'emploie pour sanctionner sa volonté juridique, c'est-à-dire sa volonté dirigée vers un but de droit. La contrainte, prise en elle-même, est un simple fait de violence. Le gendarme, symbole de la contrainte étatique, est une simple force matérielle, un instrument passif de contrainte. Mais cet instrument est légitimement mis en mouvement si la main qui le dirige est actionnée par une volonté juridique.

Nous parlons de la contrainte matérielle ; c'est en effet

1. *Allgemeine Staatslehre*, p. 121 et suiv.

par la contrainte matérielle que se révèle avant tout l'action étatique et gouvernante. Nous avons essayé de montrer plus haut que la possibilité pour quelques-uns d'exercer une contrainte sur les autres était le critérium commun de toute différenciation politique[1]. Dans toute société politique, depuis la petite horde sauvage soumise à la force du chef jusqu'aux grandes nations modernes subordonnées à un gouvernement, savamment organisé et puissamment armé, nous retrouvons ce caractère commun : l'emploi de la contrainte matérielle. Au fond toute action étatique se ramène à l'emploi de la contrainte. Tout aboutit là. Et on peut dire que la fonction irréductible de l'autorité politique, celle que les autres fonctions ne font que préparer, celle qui synthétise toutes les manifestations de la volonté des gouvernants, est finalement l'emploi de la contrainte. Les manifestations contraignantes varient à l'infini suivant les temps, suivant les pays, suivant les diverses organisations politiques, et suivant des circonstances spéciales; le même gouvernement peut, à un même moment, être obligé d'employer, suivant les occasions et les espèces, des modes de contrainte divers. Mais il n'y a de société politique, il n'y a un Etat que là où existe la possibilité d'exercer cette contrainte. Suivant une formule très juste, l'Etat est « l'organisation coercitive de la société politique »[2]. Comment, en fait, cette contrainte coercitive est-elle mise en œuvre? C'est une question dont la solution dépend de l'organisation positive de tel ou tel Etat. Tout gouvernement a sous la main une force armée; et le lieu n'est pas ici d'en étudier les diverses constitutions.

Mais quelle est la nature de cette contrainte? Quel

1. V. *supra*, chap. IV, § 2.
2. Baliki, *l'Etat comme organisation coercitive de la société politique*, 1896.

rapport l'emploi de cette contrainte fait-il naître entre le gouvernant qui l'emploie et le gouverné contre lequel elle est employée? La situation qui résulte de l'emploi de cette contrainte, et il importe de le noter, n'est pas une situation juridique. L'emploi de la contrainte étatique ne crée point une situation juridique subjective. On a expliqué précédemment que la création d'une situation juridique subjective suppose une volonté qui veut une chose, en vue d'un but de solidarité sociale, et qui par suite engendre par là-même l'obligation pour une autre volonté de vouloir un certain agissement ou une certaine abstention. La situation juridique subjective est une pure création d'une volonté individuelle. Sans doute toute volition ne la crée pas; il faut que cet acte de volition soit déterminé par un certain but. Mais la cause génératrice de la situation juridique subjective se trouve exclusivement dans l'acte de volonté[1]. Or au cas de l'emploi d'une contrainte étatique, il n'en est point ainsi. L'emploi de la contrainte est évidemment un acte volontaire; car toute action humaine consciente suppose une volition. Mais ici la volonté ne prétend point s'imposer comme telle à une autre volonté; elle n'invoque point le but qui la détermine, mais tout simplement la force matérielle dont elle dispose. Il n'y a pas ici le contact de deux volontés, mais le contact de deux forces physiques. La volonté n'a pas d'autre rôle que de mettre en mouvement une force, qui s'imposera à une autre force parce qu'elle est plus énergique qu'elle. Et, si l'on peut parler ainsi, au cas d'emploi de la contrainte, la volonté du gouvernant n'a d'autre rôle que de déclancher le levier de la machine à contraindre, qui broiera le gouverné récalcitrant. L'emploi de la contrainte éta-

1. V. *supra*, chap. III, § 3, et *infra*, chap. VII, §§ 6 et 7.

tique est le choc de deux forces physiques, pas autre chose. La force d'action du gouvernant étant en fait plus grande que la force opposée du gouverné, celle-là l'emportera sur celle-ci, et l'acte de contrainte se réalisera. Sans doute la mise en mouvement de la contrainte suppose qu'au préalable un acte volontaire du gouvernant a déterminé l'agissement ou l'abstention, qui, s'ils ne sont pas réalisés volontairement, pourront être imposés par la force. Seul l'acte de volonté déterminant, avant la mise en œuvre de la contrainte, l'agissement actif ou passif qui doit être accompli, crée la situation juridique subjective. Mais, pris en lui-même, l'emploi de la contrainte est un simple fait physique. Le gendarme qui arrête un prévenu, le bourreau qui exécute un condamné à mort, le geôlier qui incarcère un prisonnier, l'huissier qui saisit la chose d'un débiteur qui ne paie pas, la police ou l'armée qui réprime une émeute, sont les agents d'une force physique, qui triomphe d'une autre force physique moins puissante qu'elle. De situation juridique, il n'y en a pas, il ne peut pas y en avoir. La force physique entre en mouvement par la volonté du gouvernant, mais cette volonté ne prétend pas s'imposer parce qu'elle est une volonté juridique ; ce n'est pas une volonté qui prétend s'imposer ; c'est tout simplement une force physique qui l'emporte sur une autre force physique.

De cette observation théorique découle une conséquence pratique que nous devons signaler en passant. Partout où il y a un gouvernement, il doit avoir à sa disposition une force inconsciente, lui obéissant comme une véritable machine. Le gouvernement doit pouvoir la mettre en mouvement comme un mécanicien la machine qu'il dirige. L'idéal, évidemment irréalisable, serait de construire une machine assez perfectionnée pour créer de la contrainte à la volonté

des gouvernants. La force armée dans un pays n'est pas autre chose que cette machine idéale. Toute force armée doit donc être sans volonté et sans initiative, tout entière à la discrétion des gouvernants; elle est une force inconsciente, un instrument passif de contrainte dans la main des gouvernants. Qu'on ne parle donc pas des rapports du pouvoir civil et du pouvoir militaire, ni même de la subordination du pouvoir militaire au pouvoir civil. Ces rapports, cette subordination impliqueraient une volonté chez les agents de la force publique ; or ils n'en ont pas. Les agents de la force publique, pris collectivement comme composant cette force publique, abdiquent au fond leur volonté et deviennent des instruments matériels dans les mains des gouvernants. Cependant n'exagérons pas. Les individus, qui composent la force armée, pris isolément, restent des hommes et ont par conséquent les mêmes pouvoirs et les mêmes devoirs que tous les autres individus; à leur égard, l'Etat a les mêmes pouvoirs et les mêmes devoirs qu'à l'égard des autres individus. Mais la force armée prise en elle-même n'est et ne peut être qu'une force inconsciente, et il n'y a point de rapport juridique, même de subordination, entre cette force armée et le gouvernement qui la met en mouvement.

L'Etat, en faisant des actes de contrainte, aboutissant dernier de toutes ses fonctions, ne crée donc pas une situation juridique subjective, mais accomplit seulement un acte matériel. A son point de départ et à son point d'arrivée, l'Etat est un fait; l'origine de l'Etat est une différenciation naturelle et inconsciente de forces; la fonction dernière de l'Etat est un simple acte matériel, qui échappe en soi à la prise du droit.

Mais cependant, indirectement, ce fait matériel de la contrainte peut réagir sur le droit. Il ne crée pas en lui-même une situation juridique subjective, mais il

peut être la condition de la naissance d'un pouvoir objectif; ce pouvoir objectif peut à son tour se manifester dans un acte de volonté créant une situation juridique subjective. Il n'y a là qu'une application des idées développées plus haut, quand on a montré comment des actes non juridiques, de simples faits pouvaient être la condition d'un pouvoir objectif[1]. Un acte de contrainte accompli sur l'ordre d'un gouvernant peut constituer un délit; peu importe l'auteur du délit; un acte délictuel reste délictuel, qu'il émane d'un gouvernant ou d'un gouverné. Or, on l'a dit, le délit est la condition de la formation d'un pouvoir objectif. Un acte de contrainte, accompli sur l'ordre d'un gouvernant, peut occasionner un préjudice illégitime; le préjudice causé peut être ainsi, pris comme tel, la condition de formation d'un pouvoir objectif. Il suffit de signaler cela et de montrer comment ces conséquences cadrent parfaitement avec la doctrine générale déjà présentée. Aller plus loin, ce serait exposer la théorie de la responsabilité pécuniaire de l'Etat, laquelle ne rentre pas dans le plan de ce livre[2].

En montrant que l'intervention étatique se traduit toujours finalement en un acte de contrainte, on n'a fait évidemment qu'ébaucher la théorie de la volonté des gouvernants. En effet, cet acte de contrainte est bien, pris en lui-même, un acte de volonté, mais un acte de volonté toujours le même et toujours très simple. Il suppose antérieurement une manifestation

1. V. *supra*, chap. III, § 7.

2. Sur la responsabilité de l'Etat, cf. Löning, *Die Haftung des Staats*, 1879; — Piloty, *Die Haftung des Staats*, dans *Hirths'Annalen*, 1888, p. 265; — O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, t. II, p. 134 et suiv., p. 193, 1896; — Michoud, *la Responsabilité de l'Etat*, dans *Revue du droit public*, 1895, t. I, p. 401, et t. II, p. 1 et p. 250; — Hauriou, *Des actions en indemnité contre l'Etat*, dans *Revue du droit public*, 1896, t. II, p. 50; — Hauriou, *Note* sous un arrêt du Conseil d'Etat du 13 janvier 1899, Sirey, 1900, III, p. 1.

volontaire, laquelle peut se présenter et se présente en réalité dans des conditions très diverses et très complexes. Le gouvernant emploie de la contrainte pour imposer à un gouverné un acte ou une abstention, pour le forcer à faire ou à ne pas faire quelque chose. Mais l'emploi de cette contrainte suppose que l'agissement ou l'abstention, que la contrainte est destinée à imposer, ont été au préalable voulus par le gouvernant. L'emploi de la contrainte suppose au préalable la détermination de l'acte ou de l'abstention qui s'impose à l'individu sous la sanction de la contrainte, et cette détermination ne peut résulter que d'une manifestation volontaire du gouvernant. Cette manifestation volontaire prétend, elle, s'imposer en tant que volonté. Ce n'est pas une force physique qui agit sur une autre force physique, c'est bien une volonté qui prétend s'imposer comme telle à une autre volonté. Or, cette volonté n'est pas celle de la collectivité personnifiée; elle est celle d'individus comme les autres, mais qui ont simplement une plus grande force matérielle que les autres. Cette plus grande force matérielle ne donne pas un caractère propre, une valeur spéciale à leur volonté. Elle est et reste volonté individuelle, avec la valeur de toute volonté individuelle[1]. L'Etat est un *Rechtsstaat* et ne peut vouloir légitimement que déterminé par un but juridique, c'est-à-dire par un but de solidarité sociale. Dès lors la force, qui intervient pour sanctionner cette volonté, est légitime, puisqu'elle tend simplement à réaliser le droit. Mais il faut rechercher comment, en fait, apparaissent ces diverses manifestations de volonté. On peut leur donner le nom de fonctions juridiques de l'Etat. Dès lors, nous définirons les fonctions juridiques de l'Etat, les manifestations de

1. V. *supra*, chap. III, § 3; chap. IV, § 3.

volonté par lesquelles les gouvernants déterminent volontairement et consciemment les actes et les abstentions, qui s'imposent aux gouvernés sous la sanction de la contrainte. Et le problème est précisément de déterminer le caractère de ces diverses manifestations de volonté. L'une d'elles retiendra particulièrement notre attention : la loi positive. Elle occupe la place prépondérante dans la vie politique des nations modernes, et elle domine toutes les autres manifestations volontaires des gouvernants.

V

Dans la nation moderne, la volonté des gouvernants se manifeste, le plus habituellement, par voix unilatérale. Cela est incontestable. Un acte émanant du gouvernant seul, agissant le plus habituellement spontanément, détermine l'agissement actif ou passif qui s'impose à un individu. A la suite de cette manifestation de la volonté gouvernante, purement unilatérale, la force de contrainte entre en jeu contre l'individu récalcitrant. Il y a là un point de fait sur lequel tout le monde sera d'accord. Les manifestations de la volonté gouvernante, dans la vie politique moderne, sont surtout et avant tout des manifestations unilatérales. Les Allemands ont pour les désigner un mot très commode : *Verfügung*, que Laband définit : « L'acte unilatéral de droit public[1]. » Mais nous n'irons pas plus loin, et nous ne pouvons souscrire aux conclusions de la doctrine dominante, qui voit essentielle-

1. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, t. I, p. 656 et 659, 3ᵉ édit., 1895.

ment, dans ces manifestations unilatérales, un ordre donné par une puissance supérieure à des individus qui lui sont subordonnés. Nous ne saurions accepter cette notion de l'ordre étatique ; cela est la conséquence logique et nécessaire des développements qui précèdent. En effet, les gouvernants ne sont que des individus comme les autres ; ils ne peuvent donner d'ordre aux autres individus. Leur volonté s'impose aux autres individus, non point parce qu'elle est la volonté d'un supérieur qui commande à un inférieur, mais simplement parce qu'elle est une volonté individuelle que l'on suppose déterminée par un but juridique, et qui alors, comme toute volonté déterminée par un but juridique, s'impose aux autres volontés individuelles.

Dans la doctrine courante, les manifestations unilatérales de la volonté étatique sont considérées essentiellement comme des ordres. Les représentants de cette doctrine sont logiques avec eux-mêmes. Ils définissent effectivement l'Etat, la collectivité personnifiée et politiquement organisée ; ils lui reconnaissent la puissance d'imposer sa volonté parce qu'il est la collectivité organisée. Ce qui, dans ces doctrines, caractérise l'Etat, c'est précisément le pouvoir de commander, résultant d'une supériorité inhérente à lui-même, que les Allemands désignent d'un mot commode, qui n'a pas d'équivalent en français, l'*Herrschaft*. « L'Etat, dit Jellinek, est l'organisation politique (*Herrschaftliche*) d'un peuple établi (sur un territoire) ayant pour support une volonté *une*, toute-puissante. Le caractère essentiel de toute collectivité ayant le caractère d'Etat réside dans l'unité de l'*Herrschaft*, qu'elle exerce sur les hommes qui lui sont subordonnés, et qui sont unis par son organisation en une communauté de peuple. Par *herrschen* il faut

entendre le fait de formuler des ordres inconditionnés, qui ne trouvent leur fondement et leur limite que dans la libre décision de celui qui commande... Seul l'Etat a le pouvoir de donner des ordres inconditionnés. Seul il peut *herrschen*, et toute *Herrschaft* dans l'Etat ne peut dériver que de lui. Le pouvoir de celui qui est subordonné à l'Etat, individu ou groupe, est un *Wollendürfen;* le pouvoir de l'*Herrscher* est un *Wollenkönnen*[1]. » Ainsi toute manifestation de volonté unilatérale des gouvernants est un ordre donné. On ne conçoit même guère comment, dans cette théorie, la volonté étatique peut apparaître autrement que dans un ordre donné, et on verra plus loin les difficultés nombreuses, à vrai dire insolubles, en face desquelles les partisans de ces doctrines se sont trouvés, lorsqu'ils ont voulu rendre compte de faits existant réellement, le fait des contrats d'Etat et le fait de leur force obligatoire. Nous croyons que non seulement la volonté étatique ne se traduit pas toujours dans un ordre donné, mais encore que jamais, quelque paradoxal que cela puisse paraître, la manifestation de volonté de l'Etat, même unilatérale, ne constitue en son essence un ordre donné. C'est la conséquence de notre point de départ. Mais il importe de compléter la démonstration, et pour cela d'analyser la notion d'ordre prise en soi.

D'après Seligmann[2], pour qu'un acte de volonté unilatéral soit un ordre, il faut deux conditions : 1° il faut que l'auteur de cette manifestation de volonté possède un moyen de contrainte à l'égard de celui auquel il s'adresse, contrainte dont la nature peut d'ailleurs

1 Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 190 et 191, 1887. — Cf. Id., *Allgemeine Staatslehre*, p. 388. « *Herrschen* est le critérium qui distingue le pouvoir étatique de tout autre pouvoir. » (*Ibid.*, p. 390.)

2. Seligmann, *Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne*, p. 29 et suiv., 1886.

varier à l'infini ; elle peut être une contrainte matérielle ou une contrainte morale ; elle peut consister dans une force physique supérieure, existant en la personne de celui qui donne l'ordre, ou dans le prestige dont est revêtu l'auteur de l'ordre, ou même dans la soumission volontaire de celui qui reçoit l'ordre à celui qui le donne ; 2° il faut que l'auteur de l'ordre ait l'intention, s'il y a lieu, d'employer cette contrainte contre ceux auxquels l'ordre est donné et qui refusent d'y obéir. Si cette intention n'existe pas, il n'y a pas un ordre, il y a un simple désir. Mais il n'est pas nécessaire qu'il y ait emploi effectif et concret de la contrainte, et un ordre non réalisé, parce qu'on n'y a point obéi et parce que la contrainte n'a pas été employée, reste toujours un ordre ; il reste un ordre alors même qu'une contrainte directe ne puisse pas être employée. Finalement Seligmann définit l'ordre, « une déclaration de volonté, garantie par un moyen de contrainte, et ayant un contenu tel qu'une personne autre que l'auteur de cette déclaration de volonté doive faire, ne pas faire ou supporter quelque chose ».

Cette analyse de la notion d'ordre nous paraît inexacte. En effet, l'auteur qui la présente a le tort de vouloir caractériser un acte purement psychologique, un acte de volonté, surtout par un élément purement extérieur et matériel, l'élément de la contrainte. L'ordre est certainement un acte de volonté, un fait de caractère purement psychologique, et on ne peut le définir que par des éléments purement psychologiques. La déclaration de volonté, émanée de celui qui détient une force de contrainte et accompagnée de l'intention d'employer cette force de contrainte si cela est nécessaire, est tout simplement une menace de violence et n'est point à vrai dire un ordre. On ne peut qualifier d'ordre l'acte du brigand qui par une sommation, accompagnée de menace de violence,

met en demeure sa victime de se dépouiller en sa faveur. La notion d'ordre implique l'existence d'une volonté supérieure en son essence à une autre volonté. Pour qu'il y ait un ordre, il faut que celui qui commande ait une volonté qui puisse s'imposer, comme telle, à une autre volonté, parce qu'elle est une volonté en soi d'une espèce supérieure. S'il y a un être qui ordonne et un être qui reçoit un ordre, la volonté de celui qui ordonne est spécifiquement différente de la volonté à laquelle s'adresse l'ordre. L'auteur précité, Seligmann, le reconnaît bien lui-même, quand il qualifie de *Machtsatz* la déclaration de volonté accompagnée d'une annonce de contrainte. Il y a alors, comme nous le disions, seulement une menace de contrainte; il n'y a pas un ordre. Nous ne voyons apparaître l'ordre que là où existe une hiérarchie de volontés. La manifestation d'une volonté ne peut constituer un impératif que lorsqu'elle est en soi supérieure à une autre volonté.

Dans la doctrine généralement admise, qui considère l'Etat comme la personnification de la collectivité, et qui regarde la volonté de l'Etat comme étant la volonté collective, on peut admettre, on doit même admettre que les manifestations étatiques unilatérales sont des ordres. En effet, la volonté de l'Etat est alors, par sa nature même, différente de celle de l'individu. On peut concevoir que la volonté collective, précisément parce qu'elle est collective, soit supérieure à la volonté individuelle. L'Etat commande alors véritablement. Soit qu'on admette, avec Gierke et Preuss, que toute collectivité est supérieure aux individus qui la composent et possède comme collectivité un moi collectif, une volonté sociale supérieure au moi individuel, à la volonté individuelle[1], soit qu'avec Jellinek on soutienne que l'Etat est la seule

1. Gierke, *Die Grundbegriffe*, dans *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, 1874, t. XXX, p. 270, et *Rechtslexikon*, de Holzen

collectivité qui ait le pouvoir de se déterminer uniquement par elle-même et de formuler des impératifs inconditionnés[1], on comprend avec l'une ou l'autre de ces théories l'application de la notion d'ordre aux déclarations de volonté étatique. On oppose alors une volonté inférieure à une volonté supérieure. Les auteurs qu'on vient de citer se sont gardés d'expliquer le caractère impératif des manifestations étatiques par la possibilité d'employer la contrainte et l'intention de l'employer, s'il y a lieu; ils ont eu raison. Ils affirment que les déclarations de volonté unilatérales, émanant du titulaire de l'autorité politique, ont le caractère impératif, parce qu'il est alors l'organe de la volonté de l'Etat, qui comme tel et en soi est spécifiquement supérieur à la volonté individuelle. L'Etat est titulaire d'une *Herrschaft*, d'un droit de puissance publique, d'un *imperium*, d'une souveraineté; toutes ces expressions sont au fond synonymes. Elles reviennent à dire que la volonté étatique est d'une essence supérieure à la volonté individuelle. Cela sans doute n'est pas démontré, mais implique que l'Etat, par ses organes, donne des ordres. La conséquence logique même est qu'il ne peut dépouiller ce caractère de donneur d'ordres, que toutes ses déclarations de volonté sont des impératifs. Dès lors, il devient difficile d'expliquer la formation et le caractère obligatoire des contrats d'Etat, qui cependant existe certainement[2].

Mais l'Etat n'est pas la collectivité personnifiée; la personnalité collective, la volonté collective sont des

dorf, v° *Korporation*, t. II, p. 563, 3° édit., 1881; — Preuss, *Gemeinde., Staat, Reich*, p. 174 et suiv., 1889; — Rosin, *Souveränetät, Staat, Gemeinde*, dans *Hirth's Annalen des deutschen Reichs*, 1883, p. 265, et tirage à part, p. 36.

1. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 190, 1887, et *Allgemeine Staatslehre*, p. 390, 1900.

2. V. *infra*, chap. V, § 6.

hypothèses et des fictions[1]. Par conséquent nous ne pouvons admettre que la volonté des gouvernants soit supérieure à la volonté des individus. Il n'y a que des volontés individuelles, toutes ces volontés sont, comme volontés, égales entre elles, et par suite l'une d'elles ne peut s'imposer à une autre volonté en vertu d'une supériorité qui n'existe pas. Ce qu'on appelle la volonté d'un groupe n'est qu'une somme de volontés individuelles; ce sont toujours des volontés individuelles qui prennent contact; ce sont toujours, par conséquent, des forces volontaires égales qui s'opposent. Nous n'avons vu nulle part, nous ne voyons jamais une force volontaire supérieure en soi à une autre. La croyance, que certains individus sont investis d'une puissance surnaturelle qui leur est déléguée par un être supérieur, est une conception qui a fait son temps, et qui évidemment n'a aucune valeur scientifique. Dominante à certaines époques et dans certaines sociétés, elle a eu pour conséquence de donner, dans l'esprit des hommes appartenant à ces sociétés et à ces époques, un caractère de supériorité aux gouvernants et le caractère de commandements impératifs aux manifestations de volonté qui en émanaient. Voilà pourquoi, à certains moments de l'histoire, la conscience des hommes a très généralement considéré comme de véritables ordres les manifestations volontaires des gouvernants. Quand on parle aujourd'hui des ordres de l'Etat, n'y a-t-il pas simplement une survivance de ces vieilles idées? Par un phénomène singulier, les hommes ont une tendance assez générale à créer une hiérarchie des volontés. Pendant de longs siècles on a considéré la volonté de l'empereur romain, puis la volonté des rois comme d'une essence supérieure. On veut encore

1. V. *supra*, chap. IV et chap. V, §§ 1-3.

trouver cette hiérarchie des volontés. On a détruit la suprématie personnelle des empereurs et des rois. On a créé alors la suprématie d'une personne fictive, la collectivité. L'évolution se rattache d'ailleurs directement à celle décrite, dans les premiers paragraphes de ce chapitre, à propos de la notion de souveraineté. On était logique autrefois en parlant de l'ordre de l'empereur, du roi, d'un collège de privilégiés ; on voyait en eux une volonté supérieure, due au caractère particulier dont ils étaient investis. Mais, s'il est vrai qu'il n'y a que des individus, que derrière ces individus il n'y a point nous ne savons quelle puissance magique, ces individus sont égaux aux autres et ne peuvent pas leur donner des ordres. Ces individus peuvent être plus forts que les autres, peuvent imposer directement ou indirectement leur volonté par l'emploi d'une contrainte, qu'ils peuvent eux-mêmes mettre en mouvement ; cela ne modifie pas le caractère de leur volonté. Cette volonté, de quelques moyens de sanction qu'elle dispose, reste une volonté individuelle égale à toute autre volonté individuelle. La personne humaine est et reste autonome ; le sabre du gendarme, la guillotine du bourreau et les fers du geôlier ne donnent pas au gouvernant une parcelle de pouvoir de commander. Le gouvernant ou les gouvernants sont des individus, et leur volonté n'a pas plus de valeur que celle du plus infime de leurs prétendus sujets. La possibilité d'employer la contrainte, l'intention de l'employer sont certaines. Le gouvernant formulera une menace de violence ; il est impuissant à formuler un commandement, parce qu'un homme ne peut pas commander à un autre homme, une volonté individuelle ne peut pas s'imposer comme telle à une autre volonté individuelle.

Notre proposition subsiste donc. La manifestation de volonté unilatérale d'un gouvernant n'est point un

ordre; elle est une manifestation de volonté de même nature que celle d'un gouverné. Est-ce à dire que cette volonté soit impuissante à légitimer la contrainte mise en mouvement pour la sanctionner? Non. Nous nous sommes d'ailleurs déjà expliqué sur ce point[1], et nous nous bornons à rappeler que tout acte de volonté individuelle, même unilatéral, déterminé par un but de solidarité sociale et conforme par conséquent au droit objectif, produit un effet obligatoire, que cela est vrai, quel que soit l'individu auteur de cet acte, qu'il soit un gouverné ou un gouvernant. Quand l'acte émane d'un gouvernant, il produit un effet, non pas parce que le gouvernant dispose de moyens de contrainte pour le sanctionner, mais seulement parce que le but qui l'a déterminé est conforme à la règle de droit. Toute force employée pour assurer la réalisation d'un résultat voulu conformément au droit objectif est légitime. Elle reste une force matérielle; l'acte par lequel elle se manifeste reste un acte physique. Mais cet acte de contrainte est parfaitement légitime. Il émanera naturellement de ceux qui ont dans une société le monopole de la force, les gouvernants. Cet acte de violence n'est pas légitime parce qu'il émane des gouvernants. La force qui appartient aux gouvernants n'est point en soi une force légitime, pas plus qu'une force physique quelconque, pas plus que la force physique du brigand ou du pirate. Mais cette force devient légitime quand la déclaration de volonté, qui a précisé l'agissement ou l'abstention qui sont imposés par la contrainte, a été déterminée par un but de droit. Lorsque la déclaration de volonté, conforme au droit, émane du gouvernant, c'est le même individu qui a voulu un but juridique et qui dispose des moyens de

1. V. *supra*, chap. III, § 3, et chap. IV, § 3.

contrainte nécessaires pour en assurer la réalisation. Voilà pourquoi, au premier abord, la manifestation de sa volonté apparaît avec un caractère particulier. On ne distingue pas l'acte par lequel le gouvernant veut la réalisation d'un résultat conforme au droit et l'acte par lequel il veut la mise en mouvement d'une contrainte matérielle. On confond les deux choses, et on dit : cet acte du gouvernant a un caractère particulier qui n'existe point dans la manifestation volontaire d'un gouverné; on veut exprimer ce caractère en qualifiant d'ordre la manifestation de volonté unilatérale du gouvernant. Qu'on regarde les choses de plus près, et on voit que les deux éléments sont tout à fait distincts. D'une part, il y a l'intention de mettre éventuellement la force matérielle en jeu ; cette intention ne peut produire aucun effet de droit, et cette intention ne peut changer la nature spécifique de la volonté qui veut le droit. D'autre part, il y a un acte de volonté, par lequel le gouvernant, ayant en vue un but de droit, veut une certaine chose. Seul cet acte de volonté peut produire un effet de droit. Pris en lui-même, il ne diffère pas de toute manifestation similaire d'une volonté individuelle quelconque. De ce qu'il est accompagné de l'intention d'employer éventuellement la contrainte, de ce que celui dont il émane est en fait plus fort que les autres et concentre même, si l'on veut, entre ses mains tout ce qu'il y a de force de contrainte dans une société, l'acte de volonté ne devient pas un ordre, n'acquiert pas le caractère impératif. Encore une fois, s'il légitime la mise en mouvement de la contrainte, ce n'est, ce ne peut être que parce qu'il est voulu conformément au droit. D'ailleurs l'auteur auquel on empruntait plus haut l'analyse critique de la notion d'ordre est bien obligé de le reconnaître. « Le législateur, dit en effet Seligmann, qui exprime une volonté normative doit

être conduit à cela par des considérations conformes au droit ou au but général ; autrement ce qu'il déciderait serait un *Machtsatz* et jamais un *Rechtssatz*[1]. » Observation très juste. S'il en est ainsi, l'intention et la possibilité d'employer la contrainte sont indifférentes au caractère des manifestations de volonté unilatérales émanées des gouvernants ; la volonté gouvernante n'est pas et ne peut être en soi une volonté impérative. La contrainte reste cependant parfaitement légitime quand elle est conforme au droit, parce qu'alors elle est employée par le plus fort en vue d'assurer la réalisation d'un but juridique. En un mot et pour nous servir de la terminologie de Jellinek[2], les gouvernants, l'Etat, n'ont point un *Wollenkönnen;* ils ont un *Wollendürfen*, et rien de plus.

Nous rejetons ainsi toute doctrine qui voit un commandement impératif dans toute manifestation de volonté individuelle des gouvernants. Nous y voyons un acte de volonté de même nature que tout acte de volonté unilatérale d'un individu quelconque. La situation juridique, qui en naît, a ainsi la même cause que celle qui peut naître de la volonté unilatérale d'un individu quelconque. L'élément générateur de la situation juridique est toujours exclusivement la volonté individuelle déterminée par un but conforme au droit objectif. Sans doute on objectera que cette manière de voir conduit à effacer toute distinction entre le droit public et le droit privé, que cette distinction est logique, que le droit privé considère les rapports de volontés égales entre elles, que le droit public implique des rapports de supérieur à subordonné. L'objection ne nous touche point. Car il faudrait établir l'existence réelle de ces volontés supérieures et de ces volontés

1. **Seligmann**, *Der Begriff des Gesetzes*, p. 48, 1886.
2. **Jellinek**, *Gesetz und Verordnung*, p. 191, 1887.

subordonnées. Or, s'il n'y a que des volontés individuelles, nous ne voyons pas comment il y aurait des supérieurs et des inférieurs. D'autre part, la négation de toute distinction entre le droit public et le droit privé n'est point pour nous effrayer, bien au contraire. S'il y a une réalité juridique, elle est toujours la même ; sans doute, dans l'infinie complexité des faits sociaux, elle peut apparaître sous des formes diverses, qu'il est important, indispensable même de classer, pour préciser les idées et assurer une bonne méthode. Mais, au fond, cette réalité juridique reste une et toujours identique à elle-même.

Ajoutons, et c'est une conséquence naturelle de ce qui précède, que, de même qu'un acte de volonté unilatéral peut créer des obligations subjectives pour l'individu dont il émane, de même l'acte de volonté unilatéral du gouvernant peut faire naître une obligation subjective à sa charge. Cette obligation aura la même valeur juridique que celle qui s'impose à un particulier. En fait ces actes de volonté unilatéraux, donnant naissance à des obligations synallagmatiques, sont très nombreux ; il suffit de citer, à titre d'exemple, les nominations de fonctionnaires qui sont bien véritablement des actes unilatéraux et non contractuels[1], les concessions sur le domaine public. Peut-être peut-on soutenir, surtout pour ces derniers, qu'ils sont contractuels, pour les uns et les autres, qu'ils sont des actes en collaboration, dont il sera parlé au paragraphe 8. Peu importe. Il nous paraît certain que, si l'acte unilatéral d'une volonté individuelle peut créer

1. Cf. Hauriou, *Droit administratif*, p. 681 et suiv., 3e édit., 1897. — Nous pensons comme l'auteur que la nomination d'un fonctionnaire est un acte unilatéral (l'auteur dit acte de puissance publique) ; mais nous n'admettons pas comme lui que la nomination d'un fonctionnaire soit une concession sur le domaine public; cette idée nous paraît insoutenable.

des obligations subjectives pour l'individu dont il émane, l'acte unilatéral d'une volonté gouvernante peut aussi créer pour cette volonté des obligations subjectives, puisque cette volonté n'est, elle aussi, qu'une volonté individuelle. Mais des obligations subjectives peuvent-elles exister à la charge des gouvernants? L'affirmative ressort déjà des pages qui précèdent. On va essayer de compléter la démonstration aux paragraphes suivants.

VI

S'il ne faut voir dans la prétendue volonté de l'Etat que la volonté individuelle des gouvernants, si l'Etat n'est point en soi et par définition puissance commandante, si les manifestations de volonté unilatérale des gouvernants ont le même caractère que celle des gouvernés et n'ont point la nature d'un ordre impératif, on explique facilement et logiquement comment en fait la volonté des gouvernants se traduit en des contrats. A de certaines époques, les manifestations de volonté gouvernante ont apparu sous la forme de contrat principalement et même à peu près exclusivement. Dans la pure conception féodale, le contrat est la forme exclusive des rapports entre gouvernants et gouvernés. Jamais, probablement, la chose ne se réalise en fait complètement; mais le monde féodal tend à cet idéal : enfermer dans un vaste système de contrats tous les rapports des hommes entre eux, aussi bien les rapports des gouvernants et des gouvernés que ceux des particuliers[1]. Sous l'empire de circonstances

[1]. Cf. E. Bourgeois, *le Capitulaire de Kiersy-sur-Oise*, p. 254 et suiv., 1885.

connues, l'idée féodale a lentement disparu devant la reconstruction du pouvoir royal sur le modèle de la propriété romaine et de la puissance impériale. A l'époque moderne, on attribue à la nation la souveraineté qui appartenait au roi [1]; et l'intervention de l'Etat se manifeste avant tout par des actes unilatéraux. Mais le domaine du contrat d'Etat n'a pas pour cela entièrement disparu ; il occupe encore une large place dans les sociétés modernes. Par des contrats, les gouvernements des diverses sociétés entrent en relations juridiques entre eux, ou avec les nationaux de pays étrangers, ou avec certaines unités de droit international, par exemple, les compagnies ou commissions internationales, et encore le Saint-Siège. L'étude de la volonté des gouvernants, dans les rapports internationaux, est en dehors du cadre de ce livre. Très probablement il se produira dans les rapports internationaux, et cela dans un avenir prochain, une diminution du rôle des contrats, analogue à celle déjà constatée dans les rapports des particuliers et à celle que nous allons signaler dans les rapports entre gouvernants et gouvernés; là aussi la volonté unilatérale, déterminée par un but conforme au droit, sera reconnue comme opérante et comme pouvant créer une situation juridique active et passive. Déjà apparaissent les signes précurseurs de cette évolution. Elle sera achevée au moment où sera comprise complètement la solidarité étroite, qui unit entre eux les gouvernants des sociétés diverses et en même temps les membres de ces sociétés. Dans le domaine du droit interne, le contrat d'Etat occupe encore aujourd'hui une place importante. Il suffit de rappeler que par des contrats l'Etat moderne accomplit une bonne partie de la mission qui lui incombe : par des emprunts, il se pro-

1. V. *supra*, chap. v, §§ 2 et 3.

cure les voies et moyens nécessaires pour satisfaire aux diverses charges qui s'imposent à lui, par des contrats de louage au sens général du mot il fait exécuter les travaux d'ordres divers, dont il lui appartient d'assurer l'accomplissement; on reconnaît à l'Etat un patrimoine, c'est-à-dire on admet qu'une certaine quantité de richesse est affectée aux entreprises qui rentrent dans le rôle de l'Etat; la gestion de ce patrimoine s'exerce principalement par actes contractuels. Tout le monde reconnaît sans difficulté que, dans maintes circonstances, la volonté des gouvernants, dans leurs relations avec les gouvernés, se manifeste encore aujourd'hui très fréquemment en la forme contractuelle.

Avec la doctrine que nous défendons, le caractère obligatoire du contrat, même à l'égard des gouvernants, de l'Etat, est incontestable et s'explique facilement. Si l'Etat n'est pas de sa nature une puissance commandante, si les gouvernants sont des individus comme les autres, il est de toute évidence que le contrat qu'ils souscriront produira les mêmes effets que le contrat consenti par un simple particulier. Tout acte de volonté, émané du gouvernant et déterminé par un but de droit, produit un effet de droit. Peu importe que cet acte soit unilatéral ou contractuel. D'ailleurs l'acte contractuel ne se ramène-t-il pas à un acte unilatéral? Du contrat ne naît point une volonté commune résultant de la fusion en une seule des deux volontés contractantes[1]; l'effet de droit est produit par chaque déclaration de volonté, prise en elle-même; seulement ces deux déclarations de volontés sont provoquées l'une par l'autre. Le gouvernant nous apparaît sous le même caractère, qu'il signe un contrat ou qu'il affirme unilatéralement sa volonté. Notre

1. V. *supra*, chap. III, § 3.

proposition, tirée directement de notre conception de la solidarité sociale, reste toujours vraie. Toutes les théories fondées sur la souveraineté commandante de l'Etat se trouvent en présence de difficultés insurmontables. Si l'Etat est en effet par nature une puissance supérieure et souveraine, comment peut-il perdre cette qualité et entrer en un rapport contractuel sur un pied d'égalité avec ses sujets? Si, au contraire, comme nous le croyons, il n'y a pas un Etat personne souveraine, mais simplement des individus plus forts que les autres, les gouvernants ont les mêmes pouvoirs et les mêmes devoirs objectifs que tous les autres individus. Or tout individu peut, par un acte unilatéral ou contractuel, créer une situation juridique subjective, quand il veut conformément au droit. Cette situation juridique subjective a pour cause la volonté déterminée par le but de droit et pour mesure ce but lui-même. Cette situation atteint passivement et activement tous ceux qu'elle doit atteindre pour que le but voulu légitimement puisse se réaliser, et elle les atteint seulement dans la mesure où cela est nécessaire. Par l'effet du contrat d'Etat, une situation juridique subjective sera donc créée, pour les gouvernants comme pour les gouvernés, activement et passivement pour les gouvernants et pour les gouvernés, et l'étendue de cette situation sera déterminée, au point de vue actif et au point de vue passif, par le but qui a été légitimement poursuivi par les contractants. En d'autres termes, il y aura des obligations juridiques mises à la charge des gouvernants et des gouvernés, et particulièrement en ce qui concerne les gouvernants, ces obligations juridiques seront limitées à la réalisation du but qui pouvait être juridiquement et légitimement voulu par les gouvernants.

Cela permet de repousser l'objection souvent faite sous

diverses formes et qui se ramène toujours à celle-ci : on confond le droit public et le droit privé; or, dit-on, il y a certainement un droit public des contrats d'Etat qui est distinctif du droit privé; le droit international, qui est avant tout un droit contractuel, a une sphère propre; et le droit public interne comprend tout un domaine, celui des contrats de droit public bien distincts des contrats de droits privé; si donc, ajoute-t-on, il y a des contrats d'Etat, ils ne peuvent reposer sur le fondement précédemment indiqué, parce qu'on est ainsi conduit à assimiler le droit privé et le droit public. La distinction du droit public et du droit privé, on l'a déjà dit, est artificielle et *a priori;* et l'on ne voit pas pourquoi les contrats d'Etat ne reposeraient pas sur le même principe que les contrats entre particuliers, quant à la cause génératrice de leur effet obligatoire et quant à l'étendue de la situation juridique subjective qui en résulte. Mais, si les contrats d'Etat ont le même caractère et la même valeur interne que les contrats entre particuliers, il est vrai qu'extérieurement ils nous apparaissent avec un aspect sensiblement différent. D'abord, cela est évident pour les contrats dits de droit international. Si un traité diplomatique est obligatoire pour les parties contractantes, c'est uniquement parce que les volontés individuelles qui l'ont formé ont été déterminées par des buts légitimes, et ces buts marquent en même temps l'étendue de l'effet obligatoire, le tout comme dans un contrat entre particuliers. Mais, en même temps, il va de soi que de pareilles conventions diffèrent sensiblement des contrats privés, quant à leur mode de formation et d'exécution. De même pour les contrats, dits de droit public interne : le fondement de leur force obligatoire et de leurs effets reste toujours le même. Mais les formes suivant lesquelles gouvernants et gouvernés entrent en

rapport seront par la force des choses différentes de celles en lesquelles les particuliers contractent entre eux. De plus et surtout, les modes de réalisation de ces contrats seront forcément différents. Il ne faut pas oublier que le gouvernant qui contracte détient le monopole de la force de contrainte, que l'un des contractants dispose lui-même du moyen d'assurer, directement ou indirectement, l'exécution des obligations prises à son égard et qu'à l'inverse aucun moyen de contrainte matérielle ne peut en fait être employée contre lui. Cela explique comment toutes les législations et les jurisprudences positives contiennent une réglementation particulière concernant les contrats d'Etat, comment ces contrats ont pu être classés dans une catégorie spéciale sous le nom de contrats de droit public, et comment, pour l'observateur superficiel, ils sont d'une nature autre que les contrats privés. Cependant il n'en est rien. Ici encore, nous assistons au jeu normal de la solidarité sociale et des volontés individuelles; ici encore nous ne faisons qu'affirmer l'existence d'une règle de droit supérieure à toute volonté individuelle, loi suprême des volontés, de toutes les volontés.

En fait les législations positives n'ont pas organisé et ne pouvaient pas organiser des moyens de contrainte pour forcer les gouvernants à exécuter la prestation promise dans le contrat. Non seulement ces moyens de contrainte n'existent pas dans les rapports internationaux, au moins en une forme normale et réglementée; mais encore ces moyens n'existent pas en droit interne. On connaît la règle traditionnelle du droit positif français : Nul n'a de voie d'exécution forcée contre l'Etat. La raison en est bien simple : les gouvernants étant en fait plus forts que les gouvernés et n'étant gouvernants que parce qu'ils sont en fait les plus forts, il est certain

que les gouvernés ne peuvent employer la force contre les gouvernants. Mais, on l'a dit, tout acte de contrainte est un simple fait physique étranger au droit ; l'absence de moyen de contrainte laisse le droit intact. On ne peut agir par voie d'exécution forcée contre les gouvernants. Et qu'importe ? Le pouvoir des volontés individuelles de créer des obligations conformément au droit ne saurait en être affecté. Il y a un droit contre l'Etat. L'Etat est soumis aux devoirs, qui dérivent du droit objectif, de même qu'il a les pouvoirs que ce droit implique. Toute situation juridique subjective est une émanation directe de la règle objective ; et si l'Etat est soumis à la règle de droit, la situation juridique subjective, créée conformément à cette règle, l'oblige, comme elle oblige toute volonté individuelle qu'elle atteint légitimement. Les gouvernants, dira-t-on, violeront ces obligations ; et il n'y a pas de puissance qui puisse les contraindre à les respecter ; un roi absolu, un parlement, une assemblée du peuple pourront toujours déclarer qu'ils ne sont point tenus de respecter les engagements pris. Oui assurément. Et finalement l'insurrection sera le seul moyen d'obtenir satisfaction. Il peut toujours arriver un moment où le dernier mot appartient à la force. Mais les gouvernants auront beau faire des lois, si elles sont contraires aux engagements pris, elles sont illégales, quel que soit l'organe qui les proclame. Le droit reste toujours le droit. Le contrat reste toujours obligatoire pour le gouvernant, quand le but qui l'a déterminé était conforme au droit. Le gouvernant est, comme le gouverné, soumis au droit objectif ; tout acte de volonté conforme au droit objectif oblige subjectivement le gouvernant aussi rigoureusement que le gouverné[1]. Le devoir de

1. Le conseil d'Etat et la Chambre des députés française ont reconnu récemment, dans des circonstances intéressantes, le caractère obliga-

l'Etat est de se donner une organisation qui réduise au minimum le danger que les obligations subjectives qui lui incombent soient violées par ses agents. C'est une obligation générale pour lui, déjà constatée, de créer une organisation positive, qui assure autant que possible l'accomplissement des devoirs objectifs. L'obligation dont on parle ici est de même ordre et se rattache au même principe, puisque les obligations subjectives des gouvernants dérivent directement de leurs devoirs objectifs. Ainsi tout s'enchaîne, et notre conception fondamentale de la solidarité sociale explique à la fois les devoirs objectifs et les obligations subjectives des gouvernants, en même temps qu'elle fonde leur obligation générale et permanente de réduire au minimum le danger d'arbitraire.

Les gouvernants manifestent donc leur volonté tantôt

toire des contrats d'Etat. Dans la séance de la Chambre des députés du 22 décembre 1899 (*J. off.* 1899, *Débats parl.*, Chambre, p. 2327 et suiv.), le gouvernement demandait plusieurs crédits supplémentaires, et notamment (chap. 26 *bis*) un crédit de 265.000 francs, ainsi libellé : « Liquidation de cartels appartenant à des établissements ecclésiastiques de la Savoie. » Ce crédit ayant été critiqué, le ministre des Finances explique qu'à la suite de l'annexion le gouvernement français s'était fait remettre les titres de rente appartenant à certains chapitres de la Savoie et avait promis en retour le payement d'une allocation annuelle, que cette allocation, votée jusqu'en 1894, avait été refusée à cette date par voie budgétaire, qu'à la suite de ce vote des chambres le chapitre de Saint-Jean-de-Maurienne avait attaqué l'Etat français devant le conseil d'Etat, demandant qu'il fût condamné à payer une indemnité équivalente aux titres de rentes remis en 1860, que par un arrêt du 8 août 1896 (Recueil de Lebon, 1896, p. 663) le conseil d'Etat avait condamné l'Etat au payement de la somme portée au projet de crédit présenté... Le conseil d'Etat avait ainsi reconnu que le contrat avait lié l'Etat français, et que celui-ci, même par une décision du parlement, ne pouvait pas se soustraire aux obligations contractuelles prises en 1860. Le ministre ajoutait qu'il y avait là une dette juridiquement existante à laquelle l'Etat ne pouvait pas se soustraire et rappelait le mot de M. Thiers : « L'Etat est un honnête homme. » La Chambre a accepté les explications du ministre et voté le crédit, en le diminuant cependant, d'accord avec le gouvernement : on paye l'arriéré de la rente, au lieu de rembourser le capital. Mais peu importe : le caractère obligatoire du contrat était reconnu.

par voie unilatérale, tantôt en la forme contractuelle. Mais dans quels cas l'Etat fait-il des actes de volonté unilatérale, dans quel cas des contrats? La question est importante, et il faut éviter une confusion. On verra plus loin que quelques auteurs ont voulu expliquer les contrats d'Etat en disant: l'Etat ne peut atteindre l'individu par voie d'autorité que lorsqu'il reste dans le domaine de son but propre en soi; il y a donc une sphère de l'individu qui échappe à la prise de l'Etat agissant par voie d'autorité, et, par conséquent, pour cette partie de la personnalité individuelle qui échappe à la puissance de l'Etat, celui-ci ne peut entrer en relation que par des contrats; le rapport qui naît alors entre l'Etat et l'individu est un rapport qui naît entre deux sujets de droit égaux, un rapport contractuel. « Pour la part de la personne de l'individu qui échappe à l'action de l'Etat, la notion de contrat est admissible[1]. » Nous retenons cette opinion fausse quant au fond, parce qu'elle implique la reconnaissance d'une sphère individuelle échappant à l'action de l'Etat, c'est-à-dire en réalité l'existence de droits individuels antérieurs à l'Etat. Mais, en tous cas, elle ne résoud pas la question posée. En effet la question n'est pas ici de savoir ce que l'Etat peut faire et ce qu'il ne peut pas faire, mais de déterminer en quelle forme se manifeste sa volonté. Il faut précisément pour résoudre la question supposer que l'Etat reste dans les limites de son action. En dehors du domaine de son activité, telle que nous l'avons précédemment déterminé[2], l'Etat ne peut pas plus agir par voie de contrat que par voie d'acte unilatéral. Pour la sphère qui échappe à l'action de l'Etat, ni l'acte unilatéral étatique ni le contrat d'Etat ne sont possibles. Si effectivement l'Etat

1. Gierke, *Die Grundbegriffe des Staats*, dans *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, 1874, t. XXX, p. 275.
2. V. *supra*, chap. IV, §§ 4 et 5.

sort de son domaine, tracé par le droit, il veut une chose contraire au droit ou indifférente au droit; il veut, mais il est déterminé par un but qui n'est pas conforme au droit objectif; il ne veut donc pas juridiquement; et par conséquent la manifestation de sa volonté est sans valeur juridique, peu importe qu'elle se traduise en un acte unilatéral ou en un contrat. Le contrat aussi bien que l'acte unilatéral ne produit d'effet que par le but que poursuivent les contractants; ici le but poursuivi par l'un des contractants est contraire au droit objectif, puisqu'on suppose que l'Etat est sorti de la sphère de ses buts; l'acte même contractuel est donc inopérant. Il faut supposer que l'Etat reste dans le domaine de ses devoirs et de ses pouvoirs objectifs et se demander alors dans quels cas sa volonté se manifeste unilatéralement, dans quels cas contractuellement.

La question ainsi posée est une simple question de fait et se confond avec le problème de l'évolution des rapports contractuels. On a montré précédemment qu'avec les progrès de la différenciation sociale et de la solidarité par division du travail qui en résultait le rôle du contrat allait en diminuant constamment [1]. Cette décroissance du domaine contractuel apparaît non seulement dans les rapports des particuliers entre eux, mais aussi dans les rapports des gouvernants et des gouvernés. Le phénomène est le même; et les causes sont identiques. Les rapports des gouvernants et des gouvernés sont des rapports entre individus, et ils sont soumis à la même loi d'évolution que tous les rapports entre individus. L'importance du contrat diminue dans les relations individuelles, à mesure que la conscience de la solidarité sociale et de la règle de droit s'éclaire et se précise. Pour la même raison, et sous l'action de la même cause, le

1. V. *supra*, chap. I, § 4, et chap. III, § 3.

contrat régresse aussi dans les rapports des gouvernants et des gouvernés. Quand les individus comprennent que tout acte de volonté, même unilatéral, conforme au droit, produit un effet de droit, ils acceptent par là même que tout acte de volonté, même unilatéral, émané des gouvernants, produise aussi cet effet de droit et devienne la cause légitime de la mise en œuvre de la contrainte étatique. Si l'intervention contractuelle de l'Etat diminue chaque jour pour faire place à une intervention unilatérale de plus en plus active, ce n'est pas parce que le caractère de l'Etat comme puissance commandante s'affirme de plus en plus; l'Etat n'est pas, ne peut pas être une puissance commandante; on le comprendra mieux chaque jour. On accepte de plus en plus facilement, cependant, les manifestations unilatérales de la volonté gouvernante, et cela parce qu'on a une notion chaque jour plus nette de la solidarité sociale, parce qu'on comprend mieux que le gouvernant, qui reste dans la sphère que fixe la règle de droit, le gouvernant qui veut une chose, déterminé par un motif conforme au droit, la veut légitimement, que sa volonté doit effectivement se réaliser et que la contrainte employée à cet effet est légitime. Ne disons pas que l'Etat devient de plus en plus une volonté qui commande, une souveraineté qui s'impose; disons que la notion du droit se précise de plus en plus, et que les consciences comprennent mieux chaque jour la puissance juridique de toute volonté, qui se manifeste dans la sphère du droit et sous l'action d'un but de droit.

Il serait intéressant de montrer les transformations, qui se sont produites et se produiront pour beaucoup de fonctions de l'Etat. On citera un seul exemple, le plus caractéristique, celui qui concerne les impôts. Pendant des siècles, sous l'influence du régime féodal, les contributions ont été considérées comme le résultat

d'un contrat librement intervenu entre les gouvernants et les gouvernés. A partir de l'établissement de la monarchie absolue, les rois ont prétendu le droit de créer librement et souverainement de nouveaux impôts. L'idée que l'impôt ne pouvait résulter que d'une convention est restée cependant dominante. Invoqué à diverses reprises par les Etats généraux, le principe s'est traduit dans la constitution de 1791 en cette règle que les impôts ne peuvent être établis que par le vote des représentants de la nation [1]. Dans ces textes, l'idée que l'impôt résulte d'un contrat entre le gouvernement qui le perçoit et les gouvernés qui le payent est encore l'idée dominante. Ainsi s'introduit dans le droit constitutionnel moderne ce principe que l'impôt ne peut être établi que par un vote des chambres. Mais la conception d'un établissement contractuel de l'impôt a disparu. Quand les chambres votent l'impôt, est-ce un contrat qui intervient entre le gouvernement, titulaire d'un droit de souveraineté, et les représentants des contribuables? Evidemment non. Une pareille conception est possible dans une monarchie limitée, où le roi est considéré comme titulaire du pouvoir politique, sauf l'impossibilité de lever l'impôt sans le consentement de la nation ou de ses représentants; mais cette conception est inadmissible sous un régime où le chef de l'Etat, les ministres et le parlement, agissant en une perpétuelle collaboration, constituent l'élément gouvernant, expriment la volonté gouvernante. Aujourd'hui l'établissement de l'impôt résulte donc certainement d'un acte exclusivement unilatéral, et l'idée de l'impôt contractuel a disparu. Est-ce parce que la puissance étatique s'est accrue, parce que la notion de l'autonomie individuelle s'est affaiblie? Non

1. Déclaration des droits, art. 14; — const. de 1791, tit. V, art. 1.

pas. La notion de l'impôt contractuel a disparu parce qu'on a compris que tout acte de volonté des gouvernants, qui établit un impôt juste et dans les limites où il est nécessaire, pour leur permettre d'accomplir les charges qui leur incombent, est conforme au droit, et que la volonté gouvernante doit par conséquent produire un effet de droit, légitimement sanctionné par la contrainte. On prend des mesures pour que les gouvernants ne sortent pas arbitrairement du cercle qui leur est tracé par la règle de droit; mais l'idée de l'impôt contractuel s'est évanouie. Une transformation, analogue à celle qui s'est produite pour l'établissement de l'impôt, s'est accomplie pour la nomination des agents des gouvernants, pour l'intervention de l'Etat en matière d'assistance publique; la même évolution s'accomplira, nous en avons la conviction, dans un avenir prochain, pour la plupart des attributions de l'Etat. Mais cette étude nous entraînerait trop loin.

VII

En niant la personnalité et la souveraineté de l'Etat, nous comprenons facilement et nous expliquons logiquement le caractère obligatoire des contrats d'Etat. Mais dans la théorie courante, qui considère l'Etat comme une personnalité souveraine, il devient singulièrement difficile d'expliquer et d'admettre le caractère juridiquement obligatoire des contrats à l'égard de l'Etat. Si effectivement l'Etat a la souveraineté, et s'il est une puissance commandante, créatrice du droit, une personne investie de l'*Herrschaft*, il garde toujours ce caractère. Il a ou il n'a pas ce caractère; s'il le pos-

sède, il le conserve toujours; le rapport, qui naît entre l'Etat et une autre personnalité, ne peut jamais être un rapport de deux contractants et sera toujours un rapport de supérieur à subordonné. Il en résulte logiquement que, les conventions internationales ne sont pas obligatoires, qu'il n'y a pas de droit international, que dans les rapports entre nations, tout doit être laissé à la force, et que, en droit public interne, les contrats d'Etat sont obligatoires pour le particulier qui les consent, mais non pour l'Etat. Aussi les obscurités, les contradictions, les impossibilités ne manquent pas dans les diverses explications qui ont été proposées. En les mettant en relief, nous apporterons une nouvelle preuve à l'appui de notre doctrine.

D'abord il paraît évident que la distinction d'une double personnalité de l'Etat, distinction qui est courante dans la littérature juridique de l'Allemagne[1], la distinction d'une personnalité de droit public appartenant à l'Etat, titulaire de l'*Herrschaft*, et d'une personnalité de droit privé appartenant à l'Etat, considéré comme *fisc*, n'explique rien du tout. Il faudrait prouver cette double personnalité de l'Etat. Or, s'il nous paraît impossible de démontrer que l'Etat forme une personne, *a fortiori* est-il impossible d'établir qu'il en forme deux. Il y aurait là un mystère de la *dualité*, dont on est dans l'impossibilité absolue de donner l'explication. Cette notion de l'Etat conçu comme fisc est encore une survivance des institutions féodales et de la *patrimonialité* de la souveraineté. En admettant cette double personnalité de l'Etat, on n'explique pas le caractère obligatoire des contrats de l'Etat. En effet, l'Etat intervient souvent par la voie contractuelle, bien qu'il agisse comme per-

1. Cf. Laband, *Staatsrecht*, t. II, p. 801, 3e édit., 1895, et la bibliographie étendue, rapportée par cet auteur.

sonne publique, notamment dans les conventions diplomatiques et dans les nominations de fonctionnaires, qui, dans la doctrine de Laband, sont de véritables contrats[1]; ici c'est bien l'Etat personne de droit public, titulaire de l'*Herrschaft*, qui fait un contrat; on n'explique point comment il est obligé par le contrat, malgré l'*imperium* dont il est investi. D'autre part, lorsque l'Etat établit et lève un impôt, on ne peut nier que, s'il a une personnalité fiscale, ce soit alors essentiellement cette personnalité qui se manifeste; et cependant l'Etat n'agit pas alors par la voie contractuelle; on montrait, quelques pages plus haut, que l'établissement de l'impôt était exclusivement un acte de volonté unilatéral.

Frappés de ces contradictions, M. Hauriou et M. Michoud ont très justement repoussé cette double personnalité de l'Etat. Ils admettent que l'Etat est une personnalité unique, mais une personnalité *à double face*, tantôt de droit public, tantôt de droit privé. « La personnalité administrative est à double face, écrit M. Hauriou, à la fois privée et publique. En tant que privée, elle implique la jouissance de tous les droits privés, dont peut bénéficier une personne morale... En tant que publique, la personnalité administrative implique la jouissance de droits proprement administratifs, plus ou moins teintés de puissance publique, le droit de domaine public, le droit d'expropriation, etc[2]... » Cette personnalité *à double face* nous paraît aussi mystérieuse que la double personnalité de l'école allemande, et nous croyons bien qu'il n'y a entre les deux doctrines qu'une différence de mots. Du reste, cette théorie ne

1. Laband, *loc. cit.*, t. I, p. 399 et suiv.
2. Hauriou, *Précis de droit administratif*, p. 322 et suiv., 3e édit. 1897. — Cf. Michoud, *la Responsabilité de l'Etat*, dans *Revue du droit public*, 1895, t. II, p. 2.

résoud aucunement le problème en jeu. M. Hauriou reconnaît que dans les contrats consentis par l'Etat. tantôt apparaît, au premier plan, le caractère de personne publique, par exemple dans les contrats de travaux publics, tantôt le caractère de personne privée, par exemple dans les contrats relatifs aux droits privés ; et il distingue ainsi les contrats de droit public et les contrats de droit privé[1]; mais cela n'explique point d'avantage, comment l'Etat, agissant essentiellement comme puissance publique, est lié par le contrat; et le problème à vrai dire n'est même pas posé.

Plusieurs auteurs, dont l'opinion fait autorité, ont abordé directement le problème; il n'ont pu le résoudre qu'au prix de contradictions évidentes. Seydel, par exemple, écrit : « Entre les Etats, aucun ordre juridique n'est possible, car l'ordre juridique suppose une volonté supérieure comme source de droit. Si cette volonté existait, il y aurait un Etat mondial. Entre les Etats, il ne peut y avoir aucun droit; entre les Etats, seule la force vaut... Les chefs d'Etats peuvent bien trouver opportun pour leurs intérêts de formuler entre eux certaines règles; mais ils n'y sont liés qu'autant qu'ils le veulent[2].» Mais l'auteur ajoute : « Cependant, il n'existe pas une nécessité absolue pour l'Etat d'intervenir partout et toujours avec une telle contrainte. Quand l'*Herrscher* peut accepter de s'assurer des prestations suffisantes en vue de l'intérêt commun par le moyen d'un concours volontaire, il n'établit aucune contrainte légale, mais laisse libre jeu au contrat. Ainsi le contrat, quoiqu'il intervienne surtout dans le droit privé, appartient au droit public aussi bien qu'au droit privé[3].» Seydel, dans ce pas-

1. Hauriou, *loc. cit.*, p. 323 et suiv., p. 760 et 825.
2. Seydel, *Grundszüge einer allgemeine Staatslehre*, p. 32, 1873.
3. Seydel, *loc. cit.*, p. 51.

sage, paraît reconnaître une valeur juridique et une force obligatoire aux contrats consentis par l'Etat. Mais n'est-il pas en contradiction complète avec ses affirmations précédentes?

La doctrine de Laband sur les contrats d'Etat manque aussi de clarté et de précision. Le savant professeur paraît bien admettre que l'Etat est soumis à une règle de droit supérieure à lui-même : « L'*imperium* n'est pas dans les Etats civilisés modernes un pouvoir arbitraire ; c'est le caractère du *Rechtsstaat* que l'Etat ne puisse exiger de ses sujets aucune prestation, aucune abstention, leur rien commander ou leur rien défendre que sur le fondement d'une règle de droit[1]... » Comment cela se concilie-t-il avec des propositions comme celle-ci : « La personnalité juridique de l'Etat consiste en ce que l'Etat a un droit de puissance (*Herrschaft*) propre, relativement à l'accomplissement de ses charges et de ses obligations et une volonté de puissance autonome (*selbststandige*)... La puissance (*Herrschaft*) est le droit d'ordonner à des personnes libres des actes et des abstentions et de les y contraindre ; et là réside la différence essentielle entre les droits publics et les droits privés[2]. » Après ces dernières affirmations, comment Laband explique-t-il les contrats d'Etat? Il reconnaît d'abord sans hésiter la valeur juridique et la force obligatoire des conventions internationales[3]. Pour les contrats, faits par l'Etat avec les particuliers, Laband paraît les expliquer par la possibilité qu'a toujours l'Etat et dont en fait il use très souvent de renoncer à ses droits de puissance. « L'Etat seul a la puissance sur les hommes ; cela est son droit spécifique... ;

1. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, t. I, p. 653, 3e édit., 1895.
2. Laband, *loc. cit.*, t. I, p. 52 et 62.
3. Laband, *loc. cit.*, t. I, p. 597 et suiv., p. 627 et suiv.

seule sa volonté a le pouvoir de briser la volonté des individus, d'ordonner sur leur patrimoine, leur liberté naturelle et leur vie. Mais on ne peut commettre cette erreur de croire que l'Etat réalise ses fonctions exclusivement par l'exercice de ses droits de puissance : il en fait usage seulement dans la mesure où cela lui paraît nécessaire et utile... En tant que l'Etat renonce à ses droits de puissance et se place au même plan que les autres sujets de droit, l'Etat se crée, en vue de son activité dirigée vers l'accomplissement de son rôle étatique, des règles de droit plus étroites ou du moins spéciales[1]. » Ainsi l'Etat peut se placer au même plan que ses sujets, renoncer à ses droits de puissance, à son *Herrschaft* et contracter avec ses sujets; mais ce droit contractuel, c'est l'Etat lui-même qui le crée, et il établit des règles spéciales. Laband expose ensuite toute la théorie des contrats faits par l'Etat avec des particuliers; il distingue les contrats de droit public, (naturalisation, nomination de fonctionnaire) et les contrats de droit privé. Les premiers sont réglés par le droit public; les seconds par le droit privé « en tant que celui-ci n'a pas été modifié par des règles spéciales établies dans l'intérêt du fisc [2] ». On reconnaîtra que ce fondement donné aux contrats d'Etat est bien fragile. L'Etat fait des contrats quand il renonce volontairement à son droit de puissance; les règles applicables à ces contrats sont établies par lui-même; pour beaucoup d'entre elles, on applique le droit privé à moins que des règles spéciales n'aient été établies dans l'intérêt du fisc. La conséquence logique de tout cela est qu'en fin de compte l'Etat n'est lié par les contrats que quand il le veut et dans la mesure où il le veut. Il vaut

1. Laband, *loc. cit.*, t. I, p. 63 et 664.
2. Laband, *loc. cit.*, t. I, p. 656.

autant dire que l'Etat n'est pas juridiquement obligé par un contrat.

Dans son livre *Gesetz und Verordnung*, Jellinek rattachait implicitement les contrats d'Etat à sa théorie de l'auto-limitation : en reconnaissant d'autres personnalités à côté et au-desssous de lui, l'Etat se crée son droit à l'intérieur et à l'extérieur; et il se trouve limité par le droit reconnu à une autre personnalité ; ainsi le contrat d'Etat devient obligatoire pour l'Etat lui-même, par l'auto-limitation que celui-ci apporte à son pouvoir [1]. Mais il nous paraît évident que cela n'explique rien, car, si l'Etat n'est une personne juridique qu'en vertu des restrictions qu'il apporte lui-même à sa toute-puissance, il est certain que cette limite, qu'il se fixe à lui-même par sa volonté souveraine, il peut la franchir quand bon lui semble, que, par conséquent, s'il conclut un contrat, il n'est lié par ce contrat que dans la mesure et pendant le temps qui lui plaisent. Cette auto-limitation de l'Etat dépend de la libre volonté de celui-ci et ne dure que tant que sa volonté subsiste. Dans le contrat, la volonté de chaque contractant est déterminée par la volonté de l'autre ; or si, comme l'enseigne Jellinek, l'Etat est caractérisé par cela qu'il ne peut être déterminé que par sa propre volonté, il ne peut faire de contrat qui l'oblige juridiquement, et Gerber est seul dans la logique, quand il écrit : « Le contrat n'est pas de droit public [2]. » Aussi les objections à la théorie de Jellinek n'ont-elles pas manqué. Les contradictions avaient suivi immédiatement la publication du livre intitulé, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, qui est de 1883. Jellinek répond ainsi aux

1. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 198, 1887. V. aussi Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, p. 14 et suiv., et *Staatenverbindungen*, p. 34. — V. *supra*, chap. II, § 4.

2. Gerber, *Oeffentliche Rechte*, p. 40.

objections à lui faites : « Si l'Etat n'est pas lié par les limitations juridiques (qu'il crée lui-même), il n'y a pas de rapport de droit entre lui et une personnalité quelconque ; il y a un droit privé, mais pas de droit public, c'est-à-dire il n'y a pas de droit dans les rapports de l'Etat et des particuliers [1]. » Les objections étaient très pressantes, et le savant professeur n'y fait qu'une réponse vague et peut-être contradictoire [2].

Postérieurement au livre *Gesetz und Verodnung*, Hænel a vivement attaqué la doctrine de Jellinek. Il soutient que le droit lie l'Etat comme les particuliers, et il en donne cette raison qu'on ne peut pas concevoir une société sans droit, que l'Etat est une société, que, de même qu'il ne peut pas y avoir de société sans droit, de même il ne peut pas y avoir d'Etat sans droit. Il ajoute que l'Etat est une société, mais qu'il ne faut pas établir une confusion complète de la société et de l'Etat, que celui-ci est une forme d'organisation spéciale pour les buts collectifs humains, qu'il y a eu des sociétés sans Etat, qui ont précédé la formation de l'Etat, qu'elles avaient un droit qui s'est imposé à l'Etat [3]. Sur ce point l'argumentation de Hænel nous paraît faible, car il admet bien que l'Etat est la société personnifiée. « L'Etat, dit-il, d'après sa nature et sa conception, n'est pas autre chose que la société [4]. » Or l'existence de la société fait bien naître un droit dans les rapports des individus qui la composent, mais l'auteur ne démontre point qu'un droit naissse aussi dans les rapports des individus et de la société personnifiée.

1. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 199, note 11 et 190, note 1.
2. Cf. *supra*., chap. II, § 4.
3. Hænel, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, dans *Studien*, t II, p. 214 et suiv.
4. Hænel, *loc. cit.*, p. 120.

C'est certainement pour répondre aux critiques de Hænel que dans son livre *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, Jellinek a repris, développé et précisé sa doctrine des contrats d'Etat. Le contrat, dit Jellinek, est une entente de plusieurs personnes en vue de l'exécution et de la réception de prestations. Le contrat est le concours de deux volontés, de la volonté de l'Etat et d'une autre volonté, par opposition à la *Verfügung*, qui est l'acte de volonté unilatéral de l'Etat. La *Verfügung* est la catégorie dominante en droit public, et le contrat la catégorie dominante en droit privé. Cependant le contrat se trouve en droit public. Le contrat naît toujours de deux volontés indépendantes l'une de l'autre, qui se lient par une déclaration réciproque conformément aux règles du droit objectif. Dès lors le contrat apparaît comme la forme juridique normale pour l'activité de l'Etat, là où il entre en rapport avec des personnalités qui ne sont pas soumises à son *imperium*, en droit international. Mais, continue Jellinek, le contrat intervient aussi en droit public interne. Sans doute, l'Etat peut imposer des prestations par son *imperium*, mais ce droit a une limite. Par suite de la reconnaissance d'un *statut négatif du sujet*, il y a nécessairement un domaine dans lequel l'Etat et l'individu sont indépendants l'un de l'autre, *sur la base de l'ordre juridique existant*. Si l'Etat veut, sans changer l'ordre existant, se servir du statut négatif de l'individu, le contrat est le seul moyen juridique de le faire[1].

Telle est, dans sa dernière forme, la doctrine de Jellinek. Les objections restent entières. Admettons, suivant la terminologie, qu'il y ait un *statut négatif du sujet*. Cela ne peut s'entendre que d'une limitation par le

1. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 193 et suiv., 1892. V. *ibid.*, p. 82, la définition du *statut négatif*.

droit, du pouvoir de l'Etat au profit de l'individu. Or cette limitation peut résulter d'une règle objective supérieure à l'individu et à l'Etat ; c'est notre opinion, ce n'est certainement pas celle de Jellinek[1]. Cette limitation peut venir d'un droit subjectif appartenant à l'individu et antérieur à la société. C'est la doctrine des droits naturels, que repousse Jellinek avec dédain. Il reste donc que dans la pensée de l'auteur ce *statut négatif* de l'individu, ce satut de liberté est créé par la volonté seule de l'Etat. Ce qu'il appelle *la base de l'ordre juridique existant* est déterminé par l'Etat. C'est toujours exclusivement l'Etat qui, par son auto-détermination et son auto-limitation, crée le droit objectif et marque la sphère d'indépendance qu'il reconnaît à ses sujets. Or l'Etat peut toujours, en se déterminant par lui-même, modifier le droit objectif et modifier en même temps l'étendue du *statut négatif* individuel. Il n'est donc pas véritablement lié par le contrat qu'il a fait dans ce domaine avec un particulier. Il est lié par le droit, dira-t-on ; mais l'Etat modifie à son gré le droit qu'il crée lui-même. Cela est si vrai que, pour expliquer l'effet synallagmatiquement obligatoire du contrat fait par l'Etat avec un particulier, Jellinek est obligé de supposer que l'Etat qui contracte veut en même temps conserver le droit objectif existant et agir dans le domaine du statut de liberté. Après le contrat, de deux choses l'une, ou l'Etat peut modifier le droit existant et par conséquent anéantir son obligation, ou il ne le peut pas parce qu'il est lié par le contrat, et alors sa volonté n'est plus indépendante, inconditionnée, elle n'est plus susceptible de se déterminer par elle-même exclusivement, de pouvoir donner des ordres inconditionnés et l'Etat cesse d'être l'Etat, tel que le définit

1. V. cependant *Allgemeine Staatslehre*, p. 302 et suiv., et ce que nous avons dit chap. II, § 4, et chap. V, § 1.

Jellinek. Le savant auteur n'arrive donc point à concilier le caractère obligatoire du contrat d'Etat avec la notion de l'auto-détermination de l'Etat.

Nos conclusions, par suite, subsistent tout entières. Les manifestations contractuelles de la volonté gouvernante créent un effet obligatoire pour les gouvernants, parce qu'elles sont les manifestations d'une volonté individuelle soumise à la règle de droit comme toutes les volontés individuelles. Qu'on écarte la fausse conception d'une personnalité souveraine de l'Etat, la notion préconçue de l'*Herrschaft* étatique, et les faits s'expliquent d'eux-mêmes. L'effet juridique de la volonté contractuelle des gouvernants n'est que la conséquence logique de notre doctrine sur la solidarité sociale et la règle de droit.

Cependant une observation importante doit être faite. Bien que les effets juridiques de l'acte unilatéral et du contrat se rattachent identiquement au même principe, une différence les sépare. Elle est toutefois plutôt une différence de forme que de fond, et elle n'apparait pas toujours. Au cas d'acte unilatéral, de *Verfügung*, le gouvernant peut, en général, mettre directement en mouvement la force publique pour établir ce qu'il a par hypothèse juridiquement voulu ; ou, sous une autre forme, l'acte unilatéral est habituellement un acte exécutoire. Cela n'implique pas que l'acte unilatéral soit un commandement ; il reste acte juridique au sens que nous avons expliqué ; mais habituellement les législations positives ont attribué le caractère exécutoire aux actes de la volonté unilatérale des gouvernants. Au contraire, souvent le contrat d'Etat n'est pas exécutoire par lui-même ; et la réalisation par la contrainte au profit de l'Etat suppose qu'un acte spécial, de nature unilatérale, d'ordre administratif ou judiciaire, détermine les actes ou abstentions qui s'imposent à la partie

privée obligée par le contrat. Souvent cependant le contrat est lui aussi exécutoire par lui-même. Il y a des différences de formes résultant des diverses organisations positives et qui ne changent rien au fond même de notre conception. L'acte unilatéral et le contrat créent tous les deux une situation juridique subjective, dont la réalisation peut être assurée par la contrainte étatique ; ni l'un ni l'autre ne sont des commandements d'une volonté supérieure à une volonté subordonnée ; l'un et l'autre légitiment l'emploi de la contrainte, si la même condition est remplie : le but de droit. Seule varie avec les législations positives la forme en laquelle intervient la contrainte[1].

VIII

La volonté des gouvernants, qui n'est jamais en soi une volonté supérieure aux autres volontés, se manifeste donc par voie unilatérale et par voie contractuelle. Cette volonté ne peut-elle pas se traduire et ne se traduit-elle pas en fait en une troisième forme, qui n'est à vrai dire ni contractuelle ni unilatérale. La question d'ailleurs n'est pas spéciale aux gouvernants, elle est plus générale et se pose pour toute volonté

1. Pour les contrats d'Etat, outre les auteurs cités aux notes précédentes, cf. Seligmann, *Beitrag zur Lehre vom Staastsgesetz und Staatsvertrag*, t. II, surtout aux p. 1 et suiv., 1890 ; — Heilborn, *Der Staatsvertrag als Staatsgesetz*, dans *Archiv für öffent. Recht*, t. XII, p. 141, 1897 ; — Otto Mayer, *Zur Lehre von öffentliche Verträge*, dans *Archiv für öffent. Recht*, t. III, p. 1-86, 1888 ; — et enfin pour la théorie du contrat en général, Schlossmann, *Der Vertrag*, 1876 ; — Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, t. I, p. 4, 1877 ; — Lévy, *Responsabilité et contrat*, dans *Revue critique*, 1899, p. 361.

individuelle. Dans une doctrine encore à peine ébauchée, on enseigne que, au cas de concours de deux ou plusieurs volontés, ce concours peut apparaître sous un autre mode que le contrat. Les volontés qui, dans un but de droit, se manifestent concurremment, pourraient, dans certains cas, aboutir à autre chose qu'à un contrat et constituer ce que nous appellerons une *collaboration*. L'effet de droit ne résulterait pas alors de deux ou plusieurs volontés contractantes, mais de deux ou plusieurs volontés collaborantes. Nous employons, à défaut d'autre, le mot de collaboration, que nous empruntons à M. Hauriou[1]. Le mot allemand dont se sert Jellinek pour désigner ce mode de manifestation volontaire est *Vereinbarung*, expression commode, dont la langue française n'a pas l'équivalent.

Jellinek est le premier qui ait, à notre connaissance, généralisé et exposé avec quelque développement cette théorie de la *Vereinbarung*, de la collaboration des volontés. Mais avant lui Binding et Gierke en avaient affirmé le principe. Binding cependant ne l'appliquait qu'au droit public, ou plus exactement qu'aux unions d'Etats[2]. Gierke déclare que l'acte constitutif d'une corporation n'est point un contrat, que c'est un acte unilatéral qui n'a pas d'équivalent dans le *droit individuel*. « C'est, dit-il, la volonté de la corporation en voie de formation, se développant et prenant corps successivement, qui s'affirme dans cet acte[3]. » Enfin Jellinek, qui, dans son livre *Lehre von den Staatenverbindungen*, avait appliqué la notion de *Vereinbarung* aux unions d'Etats, développe complètement sa pensée dans

1. Hauriou, *la Gestion administrative*, 1899.
2. Binding, *Die Gründung des norddeutschen Bundes*, p. 69, 70, 1889.
3. Gierke, *Genossenschaftstheorie*, p. 133, 1887. — Cf. Bernatzik, *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person*, dans *Archiv für öffent. Recht*, t. V, p. 250, 1890.

System der subjektiven öffentlichen Rechte, sous ce titre : « Des actes étatiques fondant le droit[1]. » D'après le savant professeur, entre deux volontés égales peuvent exister deux espèces de rapports, le rapport juridique contractuel, et le rapport qu'il appelle *Vereinbarung*, et que nous appelons collaboration. La *Vereinbarung* n'est pas une *Verfügung*, parce qu'elle ne suppose pas une volonté supérieure s'imposant à une volonté subordonnée. Elle est au contraire le fait de deux volontés qui veulent la même chose, qui sont déterminées par le même but à atteindre ; et elle peut se définir : « La création d'une déclaration de volonté une, relevant du droit, par plusieurs actes de volonté individuelle, qu'ils émanent de personnes autonomes ou des organes d'une collectivité. » Et Jellinek oppose immédiatement la définition du contrat : « Le contrat est au contraire une entente de plusieurs personnes sur l'exécution et la réception de prestations. » Ainsi la *Vereinbarung* est un concours de volontés en vue de satisfaire des intérêts communs ; le contrat est un concours de volontés en vue de satisfaire des intérêts contradictoires, ou du moins non concordants. Des conséquences importantes résultent, d'après Jellinek, de cette différence générale : 1° Dans le contrat, les deux contractants veulent des choses différentes ; plus le contrat est complexe, plus apparaît différent l'objet de la volonté de chaque contractant ; et par suite du contrat ne résulte jamais une volonté *une* ; — 2° Le motif déterminant la volonté de chaque contractant est toujours différent, tout en restant un motif juridique, condition indispensable pour que le contrat produise un effet de droit ; — 3° L'effet propre du contrat est de créer une situation juridique subjective. Le contrat ne fait jamais naître une

1. Jellinek, *System*, p. 193 et suiv. — Cf. Jellinek, *Lehre von der Staatenverbindungen*, p. 107 et suiv.

règle de droit objectif. La situation créée par le contrat s'évanouit du moment que l'effet de droit voulu par les contractants est réalisé. Cet effet de droit se produit parce qu'il est voulu conformément à une règle juridique antérieure et extérieure au contrat[1]. Quand, au contraire, la volonté se manifeste en collaboration, quand il y a *Vereinbarung*, aucune de ces trois propositions n'est vraie : 1° Les deux volontés collaborantes veulent la même chose. Indirectement l'effet de ces volontés, pris séparément, pourra être différent, et une situation différente peut être créée pour chacun des collaborants, mais cela résulte non pas de la *Vereinbarung* elle-même, mais d'un acte juridique qui peut intervenir postérieurement et qui est provoqué par la situation résultant des vouloirs identiques ; — 2° Le motif déterminant de la volonté des collaborants est toujours le même pour tous ceux-ci. De ces deux propositions il résulte, dit Jellinek, que la *Vereinbarung*, à la différence du contrat, peut être considérée comme créant une volonté *une*, quel que soit le nombre des collaborants. L'auteur insiste beaucoup sur ce point ; c'est même sur cette notion qu'il fonde la personnalité des collectivités. Nous tenons à faire dès à présent nos réserves à cet égard : de ce que deux ou plusieurs personnes veulent la même chose, déterminées par le même but,

1. Dans le langage courant on dit la loi du contrat, et l'art. 1134 du Code civil déclare que les « conventions légalement formées tiennent lieu de *loi* à ceux qui les ont faites. » Ces formules sont certainement inexactes. Il n'y a pas une loi du contrat, mais une loi sur le contrat, conformément à laquelle a dû se manifester la volonté des contractants pour qu'elle pût produire un effet de droit ; et l'effet juridique ne se produit que lorsque la volonté contractuelle est conforme à cette loi antérieure et extérieure au contrat. De plus, on verra plus loin (et ici nous nous séparons de Jellinek) que le propre de la loi est d'être une règle générale et abstraite, survivant à tel ou tel cas d'application. Au contraire, comme il a été dit au texte, la situation naissant du contrat est une situation concrète, qui disparaît quand l'effet voulu est réalisé.

il n'en résulte pas que leurs volontés n'en forment plus qu'une seule; il reste toujours autant de volontés autonomes et distinctes qu'il y a d'individus; — 3° Enfin, la *Vereinbarung*, à la différence du contrat, crée entre les collaborants une situation de droit objectif[1]. Ici encore, l'opinion de Jellinek nous paraît inexacte. Nous accordons que la *Vereinbarung* soit distincte du contrat; mais la situation qu'elle crée résulte de manifestations volontaires; or le droit objectif, tel que nous le concevons, est supérieur aux volontés individuelles, puisqu'il en régit les manifestations et en détermine les pouvoirs; nous ne pouvons donc admettre que la *Vereinbarung* engendre une règle de droit objectif.

Telles seraient les différences qui sépareraient le *contrat* et la *Vereinbarung*. Les deux actes supposent l'intervention de deux ou plusieurs volontés; mais « ce sont, dit Jellinek, des catégories juridiques spécifiquement distinctes ». Les applications de la *Vereinbarung* sont nombreuses en droit privé, en droit international et en droit public interne. Toutes les associations de droit privé, même les sociétés commerciales et particulièrement les sociétés par actions, se forment par *Vereinbarung*. Il y a aussi *Vereinbarung* dans l'indivision, la mitoyenneté, la co-tutelle et dans divers autres cas. En droit international, la *Vereinbarung* joue un rôle essentiel. Le droit international, dit Jellinek, n'est point fondé sur des contrats, mais sur des actes qui ont vraiment le caractère de *Vereinbarung*. Ainsi la règle, qui a aboli la prise maritime, n'est pas le résultat d'une convention intervenue, en vue de l'intérêt particulier et changeant de tel ou tel Etat, sur le fondement de prestations réciproques; elle a été établie dans l'intérêt permanent de la communauté des

1. V. le développement de la théorie de Jellinek, *System*, p. 193 et suiv.

Etats; et par suite, elle est une règle de droit objectif, une règle dont la violation ne serait pas la violation d'un contrat, mais la violation du droit des gens objectif. Les unions, les confédérations d'Etats se forment aussi par *Vereinbarung*. En droit public interne, cet acte occupe une place importante. Il apparaît d'abord dans tous les cas où la volonté étatique résulte du concours de deux ou plusieurs organes de l'Etat. Ainsi, dans le régime parlementaire, les lois sont le résultat d'une *Vereinbarung* entre le gouvernement et le parlement. Toute action des organes étatiques collégiaux résulte aussi d'une *Vereinbarung*. La formation de tous groupements de droit public et l'union de ces groupements sont produites par une *Vereinbarung*. Telle est dans ses grandes lignes la doctrine très ingénieuse et très séduisante de Jellinek.

M. Hauriou s'inspire assurément d'idées similaires dans sa théorie de la gestion administrative. Il écrit: « Le fondement de toute cette théorie de la gestion administrative gît dans le fait de la collaboration... Il s'agit donc d'établir que la collaboration existe toutes les fois que la puissance publique est à l'état de gestion... Il faut seulement distinguer des situations de gestion qui s'établissent en fait et des actes de gestion qui, par eux-mêmes, impliquent collaboration. La situation de gestion s'établit en fait par l'exécution régulière des services publics, et cela... vis-à-vis des fonctionnaires... et vis-à-vis des administrés, qui sont eux aussi des collaborateurs, parce qu'une administration régulière serait impossible sans la bonne volonté et même sans un certain concours actif des administrés. » D'après notre savant collègue, sont actes de gestion les marchés de travaux publics et de fournitures, toutes les décisions administratives qui statuent

sur une dette d'argent, « qui sont par elles-mêmes signe d'une collaboration spéciale », les opérations électorales, la conscription militaire, les réquisitions militaires, etc... M. Hauriou ajoute : « Dans la voie de gestion, la puissance publique n'abdique pas son caractère, elle est un pouvoir ou une force en travail, mais une force en travail n'en est pas moins une force ; elle admet la réciprocité de droits, mais non l'égalité[1]. » On voit par cet exposé sommaire les ressemblances certaines qui existent entre la conception de la collaboration administrative telle que la comprend M. Hauriou et la théorie de Jellinek sur la *Vereinbarung*.

Que faut-il penser de ces diverses doctrines ? Y a-t-il en effet des manifestations de volonté qui ne soient ni absolument contractuelles ni absolument unilatérales ? Et, avant tout, la volonté des gouvernants se traduit-elle en fait en un mode qui ne soit ni un acte unilatéral, ni un contrat, mais un concours de volontés tendant au même but et ayant le même objet ? Nous ne le croyons pas. La théorie est ingénieuse, séduisante ; mais elle ne nous paraît pas conforme à la réalité des faits. En effet, pour que la *Vereinbarung* fût, d'après l'expression de Jellinek, « une catégorie juridique spécifiquement distincte », il faudrait que du concours des volontés collaborantes, ayant le même objet et déterminées par le même but, naquît une volonté une, distincte des volontés individuelles de chacun des participants. Pour que la théorie de la gestion administrative, fondée par M. Hauriou sur l'idée de collabo-

1. Hauriou, *Précis de droit administratif*, p. 230 et suiv., 4e édit., 1900. — Cf. Hauriou, *la Gestion administrative*, 1899. — Nous nous demandons si M. Hauriou n'a pas eu le tort de déduire cette théorie, au reste ingénieuse, de la distinction du recours contentieux d'annulation et du recours de pleine juridiction, quand il eût été plus logique, semble-t-il, de déduire la théorie du contentieux administratif de la nature intrinsèque des divers actes administratifs.

ration, fût vraie et pût avoir quelques conséquences, il faudrait établir que, lorsque l'administration est « en une situation de gestion » ou fait un acte de gestion, apparaît une volonté propre, différente de la volonté « de la puissance publique agissant par voie d'autorité », et formée de la fusion, en une entité ayant ses caractères spécifiques, des volontés collaborantes, Etat, fonctionnaires, administrés. Or cette preuve n'est faite ni par Jellinek ni par M. Hauriou.

Jellinek affirme bien que la *Vereinbarung* (et ce serait sa différence essentielle d'avec le contrat) crée une volonté *une*, distincte des volontés des participants, et en laquelle s'absorbent les volontés de ceux-ci pour n'en former qu'une seule. Il faudrait le démontrer. De ce que deux ou plusieurs individus veulent la même chose, déterminés par le même but, il ne résulte pas que leurs volontés cessent d'être des volontés individuelles. La volonté reste toujours un pouvoir autonome de l'individu ; et, dans l'hypothèse, deux ou plusieurs individus veulent la même chose, mais il y a toujours deux ou plusieurs volontés individuelles. Jellinek donne comme exemple l'acte de volonté d'un organe collégial, qui résulte de ce que l'unanimité ou la majorité des membres qui le composent veulent la même chose. L'exemple n'est pas démonstratif. Sans doute, on dit bien la volonté d'un parlement, la volonté d'un conseil ; mais c'est par abréviation et par métaphore ; en réalité ce n'est pas le parlement, le conseil, qui veut, mais les individus qui les composent, et leurs volontés s'imposent, comme volontés individuelles, quand elles sont les plus nombreuses ou unanimes. Dans le concours du parlement et du chef de l'Etat pour la confection de la loi, Jellinek voit la formation par *Vereinbarung* d'une volonté une qui est la volonté de l'Etat. Fiction encore. Il n'y a dans le fait que les

volontés individuelles des membres du parlement, du chef de l'Etat; il y a loi quand elles sont d'accord; mais la loi n'est point le résultat d'une prétendue volonté nouvelle naissant de cet accord. Nous en dirons autant de la formation des collectivités dites de droit public, des unions et des confédérations d'Etats. Nous voyons bien des volontés individuelles, qui interviennent voulant la même chose, poursuivant le même but; mais nulle part nous n'apercevons cette transformation mystérieuse de deux ou plusieurs volontés individuelles en une volonté spécifiquement différente d'elles-mêmes.

L'autre caractère attribué par Jellinek à la *Vereinbarung* n'est pas plus exact. Il n'est pas vrai de dire, avec le savant auteur, que la *Vereinbarung* donne naissance au droit objectif, engendre une règle de droit. Il ne peut pas en être ainsi. La règle de droit, telle que nous la concevons [1], est une règle supérieure à la volonté des individus, une règle qui régit leurs manifestations volontaires et fixe les conditions dans lesquelles elles peuvent produire un effet de droit; cette règle ne peut donc émaner de la volonté des individus. De plus, toute règle de droit est générale parce que, fondée sur le lien social lui-même, elle concerne tous les individus unis en société et atteint toutes les situations dans lesquelles ils peuvent se trouver; pour les mêmes raisons, toute règle de droit est permanente, sauf les transformations correspondantes aux transformations sociales. Or il est impossible qu'une règle réunissant ces trois caractères dérive de la *Vereinbarung*. En effet, par définition même, la *Vereinbarung* est le concours de deux ou plusieurs volontés, qui veulent la même chose, déterminées par le même motif. Si donc

1. V. *supra*, tout le chap. II.

de ce concours de volontés naissait une règle de conduite, celle-ci serait créée par des actes de volonté individuelle et ne serait pas une règle de droit. Une règle dérivant d'un acte de volonté ne peut pas s'imposer à la volonté qui la crée. Les juristes allemands admettent en général cela pour le contrat : il n'y a pas, disent-ils, un droit objectif du contrat; le droit objectif du contrat est antérieur et supérieur à la volonté des parties se manifestant dans le contrat [1]. Pourquoi, dès lors, en serait-il autrement de la *Vereinbarung ?* Pour elle comme pour le contrat, le droit objectif est antérieur et supérieur. Comme le contrat, la *Vereinbarung* est un acte de volonté individuelle; elle ne peut pas engendrer une règle qui s'impose aux volontés créant elles-mêmes cette règle. D'autre part la *Vereinbarung* n'a point le caractère de permanence qui est la condition de tout droit objectif. Nous accordons que, telle que la conçoit Jellinek, elle présente un certain caractère de continuité, puisqu'elle est la poursuite continue d'un but par une volonté qui est elle-même continue; mais l'auteur confond ici l'effet de la *Vereinbarung* avec l'application de la règle objective dont elle est la condition; ce qui est permanent, ce n'est pas l'effet de la *Vereinbarung*, c'est le droit objectif dont l'application était subordonnée à la formation d'un acte de cette nature [2]. Enfin la *Vereinbarung* n'a point le caractère de généralité, condition essentielle de tout droit objectif. En effet, quelque compréhensive qu'on la suppose, elle ne comprend qu'un certain nombre de personnes, connu au moment de la formation; si on lui rattachait une règle objective, cette règle ne s'appliquerait qu'aux personnes collaborantes et n'aurait pas, par conséquent, le caractère de généralité.

1. Jellinek, *System*, p. 194. — Cf. *supra*, chap. III, § 2.
2. Cf. *supra*, chap. III, § 6.

Mais ne pourrait-on pas dire que la société elle-même est une vaste *Vereinbarung* et que, par conséqent, le droit objectif, tel que nous l'avons défini, se rattache finalement à une *Vereinbarung ?* Non. La société n'est pas plus le résultat d'une *Vereinbarung* que d'un contrat. Dans la *Vereinbarung* comme dans le contrat, il y a un acte de volonté consciente. Or la société est un fait involontaire. L'homme en a pris conscience; et, à partir de ce moment, il a voulu la société, mais il ne l'a pas créée par sa volonté; il veut ce qui est; il ne le crée pas par un acte de sa volonté.

Dans les exemples cités par Jellinek et par M. Hauriou, l'acte de volonté se présente, il est vrai, dans de certaines conditions, qui, au premier abord, paraissent lui donner un caractère spécial. Il reste néanmoins ce qu'il est, acte unilatéral ou contractuel; il n'est pas modifié dans sa nature interne; il est seulement entouré de circonstances de fait particulières. Il est bien certain que parfois l'acte d'une volonté individuelle n'apparaît pas isolé (acte unilatéral proprement dit) ou provoqué par l'acte volontaire d'une autre individualité (acte contractuel); il apparaît accompagné d'actes volontaires, émanant d'autres individus voulant la même chose et déterminés par le même but. Il y a effectivement identité de vouloir, identité d'objet voulu, identité de but déterminant. Mais cette triple identité est un simple fait. Elle ne donne pas à l'acte de volonté un caractère spécial. L'acte de volonté reste ce qu'il est, pris en lui-même, isolément, acte unilatéral ou contractuel. La cause génératrice de l'effet de droit n'est pas ce fait de l'identité des vouloirs; c'est un simple fait, et un simple fait ne peut pas engendrer un effet de droit. L'effet de droit ne peut être produit que par un acte de volonté. L'effet de droit n'est pas produit par l'identité des vouloirs, mais toujours et seulement

par le vouloir individuel déterminé par un but de droit. Cependant, ce fait de l'identité des vouloirs, bien qu'il ne change pas le caractère de l'acte volontaire, ne doit point être négligé. Il peut être et il est souvent la condition de fait nécessaire, à laquelle est subordonné l'effet juridique de l'acte de volonté. Il est possible que l'effet juridique d'un acte volontaire soit subordonné à l'existence d'une *Vereinbarung*, c'est-à-dire à ce fait que plusieurs volontés veuillent la même chose, en vue du même but; l'acte juridique est subordonné alors à cette condition, comme il peut être subordonné à tout autre condition. Or, dans une conception exacte des actes juridiques sous condition, on ne peut admettre que ce soit la réalisation de la condition qui produise les effets de droit. Dans la langue courante, on parle bien des effets de la condition réalisée; mais vraiment on désigne ainsi les effets qui se produisent au moment où se réalise la condition. La cause génératrice de ces effets n'est pas la condition, mais toujours et uniquement l'acte de volonté. Cette observation explique très bien ce que les civilistes appellent la rétroactivité de la condition, qui dès lors cesse d'être une fiction et n'est que la constatation de la réalité. De même, lorsqu'une *Vereinbarung* est la condition d'un acte juridique, les effets, qui apparaissent au moment seulement où il y a identité des vouloirs, ne sont point produits par cette identité des vouloirs, qui est un simple fait, mais par l'acte de volonté subordonné à ce fait, condition de l'acte juridique. Voilà la confusion faite par Jellinek. Il attribue un effet de droit à un élément, l'identité des volontés, qui est un simple élément de fait, impuissant à produire un effet de droit, mais qui est la condition à laquelle est subordonné un acte juridique, qui peut être d'ailleurs unilatéral ou contractuel, et qui seul produit l'effet de droit.

Appliquons ces observations à quelques-uns des exemples de *Vereinbarung*, indiqués par Jellinek, et notamment au concours de volontés des divers organes de l'Etat, par exemple du chef d'Etat et du parlement; plaçons-nous dans la doctrine de la personnalité de l'Etat admise par l'auteur. L'effet de droit sera toujours produit par la volonté étatique. L'identité de volonté du parlement et du chef de l'Etat est un simple fait, qui ne produit point d'effet juridique; mais elle est la condition nécessaire dans certains cas pour qu'un acte de volonté étatique engendre des effets juridiques. Cet acte de volonté étatique reste identique à lui-même; il sera une *Verfügung* ou un contrat; il n'acquiert pas le prétendu caractère spécifique de la *Vereinbarung;* celle-ci, qui, dans l'espèce, est l'identité de volonté du parlement et du chef d'Etat, est un simple fait, qui constitue la condition à laquelle est subordonné l'effet juridique de l'acte étatique. Il n'en est pas autrement dans la formation des unions d'Etats, des collectivités dites de droit public. Nous acceptons volontiers qu'il n'y ait pas là de contrat. Mais est-ce le simple fait de l'identité des vouloirs qui produit le résultat juridique? Non certes. Ce sont uniquement les différents actes de volonté, actes unilatéraux ou contractuels. Encore ici l'identité des vouloirs est simplement une condition à laquelle est soumis l'effet juridique de ces actes de volonté.

La même observation s'applique à la notion de collaboration, telle que la comprend M. Hauriou. Admettons qu'en effet tout acte, dit acte de gestion, se rattache à une collaboration de l'administration et des fonctionnaires ou de l'administration et des administrés. Cette collaboration est un simple fait, ne pouvant par conséquent constituer les actes de gestion en une classe d'actes administratifs ayant une nature spé-

cifique déterminée. La collaboration peut être une condition de l'effet juridique de tel ou tel acte administratif; mais cet acte reste toujours ce qu'il est, acte unilatéral (de puissance publique, d'après l'expression de M. Hauriou) ou acte contractuel. Cela est si vrai que notre collègue indique, que, « en une situation de gestion », peuvent intervenir des actes contractuels, « marchés de travaux publics ou de fournitures », ou des actes de puissance publique (réquisitions militaires, recrutement militaire). Il n'y a donc pas de raison de fonder sur le fait de collaboration une catégorie propre d'actes administratifs; ce fait peut conditionner les effets de tels ou tels actes, mais ne change en rien leur caractère.

Cette observation permet d'expliquer le caractère de certains actes étatiques, dont la nature est l'objet de très vives controverses, par exemple la naturalisation, la nomination des fonctionnaires. La naturalisation, la nomination des fonctionnaires sont-elles des actes unilatéraux ou des actes contractuels? Si l'on admet la notion de puissance publique, il paraît difficile de ne pas voir dans la naturalisation et dans la nomination des fonctionnaires un acte de puissance publique au premier chef et par conséquent un acte unilatéral. Et cependant ces actes ne produisent un effet que s'il y a concours de volonté de l'Etat qui nomme et du fonctionnaire qui est nommé et accepte la nomination, de l'Etat qui accorde la naturalisation et de l'intéressé qui la demande. N'y aurait-il pas dès lors une *Vereinbarung?* Assurément; mais non pas en ce sens que la naturalisation et la nomination de fonctionnaires ne seraient ni une *Verfügung* ni un contrat. Ce sont certainement des actes juridiques unilatéraux. Mais l'effet de ces actes est subordonné à une condition, au fait de la *Vereinbarung*, c'est-à-dire à ce fait qu'il y ait identité de vouloir de la part de l'Etat et de la part du fonctionnaire

nommé ou de l'individu naturalisé. L'effet de droit n'est point produit par ce concours de volontés, mais seulement par la volonté unilatérale de l'Etat. L'identité de vouloir est seulement le fait qui conditionne l'effet de l'acte juridique unilatéral[1].

Ainsi la *Vereinbarung*, la collaboration, l'identité des vouloirs sont de simples faits, auxquels peut se trouver subordonnée la création, par un acte juridique unilatéral ou contractuel, d'une situation juridique subjective. La *Vereinbarung* peut être aussi la condition d'application d'une règle de droit objectif et, par suite, de la naissance d'un pouvoir objectif. Jellinek se trompe quand il enseigne que la *Vereinbarung*, prise en elle-même, peut engendrer le droit objectif. Mais le fait de la *Vereinbarung*, le fait de l'identité des vouloirs peut conditionner l'application d'une règle objective supérieure et préexistante. Il n'y a là que l'application d'une idée développée plus haut[2]. Par exemple quand Jellinek affirme que la *Vereinbarung* est l'élément générateur de la plupart des règles de droit international, cela n'est pas exact; le droit international est antérieur et supérieur aux Etats qui le constatent et qui l'appliquent; mais il est certain que la condition d'application de la plupart de ces règles se trouve dans la communauté de volonté chez les Etats formant le concert international. De même encore ce qu'on appelle souvent le droit corporatif n'est point le produit des formations corporatives par identité de vouloir; ce dernier fait est seulement la condition d'application du droit corporatif et des pouvoirs objectifs qu'il

1 Sur la nomination des fonctionnaires, cf. Hauriou, *Précis de droit administratif*, p. 681, 3e édit., 1897. L'auteur rattache la nomination des fonctionnaires à l'idée d'une concession sur le domaine public, ce qui nous paraît faux et théoriquement et en droit positif français. — V. en outre Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 399, 3e édit., 1895; — Kammerer, *la Fonction publique en Allemagne*, 1898.

2. V. *supra*, chap. III, § 6 et 7.

implique. Enfin, si l'on admet avec nous que la compétence du fonctionnaire, l'état national de tel ou tel pays, constituent un pouvoir objectif, le concours de volontés identiques est encore simplement le fait qui conditionne la naissance de ce pouvoir objectif.

Concluons donc de tout cela que la *Vereinbarung* n'est point une « catégorie juridique » ayant un caractère propre, que toute volonté juridique se traduit et ne peut se traduire qu'en un acte unilatéral ou en un contrat, que cela est vrai de la volonté des gouvernants comme de toute autre volonté, que cette volonté des gouvernants présente les mêmes caractères que toute volonté individuelle et que la formation des effets juridiques qu'elle produit est soumise aux mêmes conditions. Toute volonté, disons-nous, est unilatérale ou contractuelle. Peut-être même, si l'on poussait plus avant l'analyse, trouverait-on que l'effet de droit est toujours produit par un acte de volonté unilatéral, que dans le contrat pour chaque contractant la volonté de l'autre partie n'est peut-être au fond qu'un fait, qui conditionne l'effet juridique d'une volonté unilatérale. Nous ne serions pas éloigné de croire que telle est la vérité. Mais les faits sociaux, on l'a dit plus haut, doivent surtout être observés d'après la notion que s'en forme la conscience humaine. Or il est hors de doute que l'esprit humain, au stade actuel de son évolution, distingue encore le contrat et l'acte unilatéral, que ces deux modes lui apparaissent comme les deux types des manifestations volontaires. C'est ce fait de conscience que nous avons accepté. Mais il est certain en même temps que le rôle du contrat tend à diminuer chaque jour davantage, et que les sociétés modernes marchent vers un état de droit où toutes les manifestations juridiques se ramèneront à des actes unilatéraux.

CHAPITRE VI

LA VOLONTÉ LÉGISLATIVE

I. Notion générale de la législation, de l'administration et de la juridiction dans le sens matériel. — II. Les doctrines formalistes. — III. Doctrines du but. — IV. Doctrines psychologiques. — V. Formation historique de la notion de loi positive. — VI. La notion de loi positive en Grèce et à Rome. — VII. La notion de loi positive dans l'ancien droit français et le droit de la Révolution.

La volonté des gouvernants nous est apparue jusqu'à présent comme une volonté individuelle, se traduisant toujours en un acte unilatéral ou en un acte contractuel. Mais on n'a déterminé encore que les caractères internes, nous pourrions dire psychologiques, de la volonté individuelle ; et, comme les gouvernants ne sont que des individus, comme il n'y a pas de personne collective, de souveraineté de l'Etat conçu comme personnification de la collectivité, on a pu affirmer que les caractères internes de toute volonté individuelle se retrouvaient identiques dans la volonté des gouvernants. Mais on ne saurait s'arrêter là. Il faut rechercher, en outre, les effets de la volonté gouvernante se traduisant à l'extérieur. Il faut examiner quelle situation se produit lorsque les gouvernants ont par hypothèse voulu, conformément au droit, préciser ce qu'on peut appeler les caractères externes de la volonté gouvernante, au point de vue du droit. Quand un acte de volonté juridique, unilatéral ou contractuel, émane d'un simple particulier, l'effet produit est relativement simple et toujours le même :

il est créé une situation juridique subjective avec les caractères et les conséquences déterminés précédemment[1]. En est-il de même des actes de la volonté gouvernante? Très souvent, le plus souvent même, l'acte de volonté unilatéral ou contractuel des gouvernants a pour résultat, comme celui du particulier, et pour les mêmes raisons, de créer une situation juridique subjective. Cette situation a les mêmes caractères et les mêmes effets que celle créée par la volonté du particulier. Il n'y a qu'une simple différence de fait: au cas où la situation juridique subjective a été créée par un acte de volonté des gouvernants, le même individu, qui par sa volonté a créé cette situation, dispose lui-même des moyens de contrainte, qui lui permettent d'en assurer la réalisation directement ou en équivalent par la force, puisque par définition même les gouvernants sont ceux qui monopolisent dans une société la force de contrainte. Cela n'affecte aucunement le caractère intrinsèque de la situation juridique subjective, qui reste la même, qu'elle ait pour cause génératrice un acte de volonté privée ou un acte de volonté gouvernante.

Mais l'acte juridique de la volonté gouvernante a-t-il toujours pour unique résultat, comme l'acte juridique de la volonté privée, de créer une situation juridique subjective? L'effet de droit n'apparaît-il pas souvent sous un autre aspect? Bien que les gouvernants n'aient pas une volonté supérieure en soi à celle des gouvernés, cependant l'acte émané de leur volonté produit parfois des conséquences, qui ne s'analysent pas en une situation juridique subjective. En quoi consistent ces conséquences? Et pourquoi en est-il ainsi? La raison de ces différences ne se trouve point en une nature spécifique de la volonté gouvernante: celle-ci est et reste toujours une volonté indi-

1. V. *supra*, chap. III, §§ 3 et 4.

viduelle avec la force juridique de toute volonté individuelle. La raison en est tout entière dans des considérations de fait et dans une évolution historique qu'il faudra essayer de décrire.

I

Législation, administration, juridiction, tels sont les trois termes qui servent habituellement à désigner les diverses manifestations de la volonté gouvernante. Expressions vagues et imprécises, mais qui sont passées définitivement dans la langue du droit public, et qu'il est difficile de ne pas employer. Si l'accord s'est fait sur la terminologie, il est loin d'exister sur le fond des choses, et il y a des controverses nombreuses sur la nature de la législation, de l'administration et de la juridiction. On en verra plus loin un court aperçu. Il importe de préciser tout de suite ce que nous entendons par législation, administration et juridiction, et de montrer comment les notions que nous en donnons ne sont que les conséquences des développements qui précèdent. Du reste nous n'avons en vue que l'acte de volonté juridique proprement dit, émané des gouvernants, et nous laissons de côté toutes les opérations proprement matérielles, qu'accomplissent les agents des gouvernants, opérations matérielles très nombreuses surtout dans les Etats modernes, opérations qui sont de simples faits, qui peuvent être la condition de la production d'un effet de droit, mais qui en elles-mêmes n'ont aucun caractère juridique.

En son sens juridique et restreint, le mot administration ou acte administratif désigne tout acte juridique,

émané de la volonté des gouvernants, qui a pour résultat de créer une situation juridique subjective. Dans l'administration, l'acte de la volonté du gouvernant nous apparaît avec les mêmes caractères juridiques internes et externes que ceux émanés des volontés privées. Il implique bien entendu que la volition gouvernante qui l'engendre est déterminée par un but conforme à la règle de droit, suivant les conditions générales expliquées précédemment[1]. L'effet que produit l'acte a pour mesure le but même qui le détermine. La situation, qui est produite, est une situation juridique subjective, avec tous ses caractères, une situation individuelle et sociale, une situation temporaire. L'acte est lui-même individuel, visant un cas particulier; l'acte disparaît, la situation créée s'évanouit, lorsque le résultat cherché se trouve réalisé. Tous les caractères que nous avons attribués à l'acte juridique proprement dit, à la situation juridique subjective qui en résulte, se retrouvent tels quels dans l'acte administratif et dans la situation à laquelle il donne naissance[2]. Peu importe, au reste, que l'acte administratif soit unilatéral ou contractuel. La volonté gouvernante reste la même; elle crée une situation juridique subjective, non point parce qu'elle est une volonté gouvernante, mais parce qu'elle est une volonté individuelle déterminée par un but de droit[3]. On divise souvent les actes administratifs en deux catégories, les actes administratifs de puissance publique et les actes administratifs de gestion; mais les divergences sont nombreuses quand on veut donner la définition de ces deux catégories[4]. M. Laferrière définit les actes administratifs de puissance publique ceux où « l'adminis-

1. V. *supra*, chap. III, § 3.
2. V. *supra*, chap. III, §§ 3 et 4.
3. V. *supra*, chap. V, §§ 5 et 6.
4. V. notamment au chap. V, § 8, le sens que M. Hauriou donne au mot *gestion*.

tration agit comme autorité, comme puissance », et les actes de gestion « ceux par lesquels l'administration veille à la fortune publique et à son emploi[1] ». Définitions vagues et qui n'éclairent rien. Cette distinction peut avoir son importance, en droit positif français, au point de vue du contentieux administratif. Théoriquement, elle est sans intérêt. Si l'on veut établir diverses catégories d'actes administratifs, la seule distinction possible est celle des actes administratifs unilatéraux et des actes administratifs contractuels. Et encore pour nous cette distinction a-t-elle peu de valeur. Notre conception reste en effet toujours la même. Tout acte de volonté unilatéral ou contractuel produit une situation juridique subjective, avec les caractères que l'on sait, quand il est déterminé par un but conforme au droit objectif. Lorsque cet acte émane des gouvernants, il prend le nom d'acte administratif. Il a tous les caractères de l'acte juridique, voulu par un particulier; il n'y a qu'une différence de fait: l'auteur de l'acte administratif peut lui-même mettre directement en mouvement la force matérielle nécessaire pour en réaliser l'effet par la voie de la contrainte.

La notion de l'administration ainsi précisée est très simple. Le rôle des gouvernants dans l'acte administratif apparaît nettement. L'acte administratif est, peut-on dire, la manifestation normale de la volonté gouvernante. Il en est aussi la plus ancienne. Probablement même, à une certaine époque, l'acte administratif a été l'unique manifestation de la volonté gouvernante. Sous l'empire de divers facteurs, dont le principal est le besoin de protéger l'individu contre l'arbitraire des gouvernants, s'est formée la notion de loi positive, et aussi l'idée d'une limitation de l'administration par la loi écrite. On

1. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. I, p. 5, 2ᵉ édit., 1896.

étudiera plus loin les étapes principales de cette évolution. Le résultat en a été une complexité plus grande dans les manifestations de la volonté gouvernante, une sorte de hiérarchie établie dans ces manifestations et provenant de la relation existant en fait entre l'administration et la législation. Mais l'acte administratif, au point de vue juridique, est toujours resté identique à lui-même. Il est toujours et exclusivement l'acte de volonté par lequel le gouvernant crée une situation juridique subjective.

Au point de vue du droit, l'acte administratif est cela, rien de plus, rien de moins. Mais le mot administration est souvent employé en d'autres sens plus larges. Tantôt l'administration désigne l'ensemble des agents gouvernementaux, chargés de faire des actes administratifs et toutes les opérations matérielles qui s'y rattachent; nous-mêmes avons parfois employé ce mot en ce sens. Tantôt les expressions administration, actes administratifs, désignent tous les actes juridiques ou simplement matériels, que doivent faire les gouvernants pour remplir la mission qui leur incombe. Ces expressions n'ont alors qu'un sens vague et indéterminé. Que dans la langue courante on fasse rentrer dans l'administration toutes les opérations matérielles faites par les gouvernants ou leurs agents, par exemple les travaux, les transports, les mesures matérielles de police destinées à assurer la tranquillité, la sûreté, la salubrité publique, etc., opérations innombrables dans la vie complexe de nos sociétés modernes, nous n'y voyons pas d'inconvénients. Mais, dans la langue du droit, le mot acte administratif ne doit avoir qu'un sens juridique. Or ces opérations matérielles sont en elles-mêmes de simples faits, sans caractère juridique; elles peuvent être l'exécution d'un acte juridique; elles peuvent être la condition d'un acte

de volonté, qui fera naître une situation juridique; en elles-mêmes, elles n'ont pas le caractère juridique. Le mot acte administratif doit donc être réservé pour désigner exclusivement un acte juridique, et cela dans le sens que l'on vient de déterminer.

La volonté des gouvernants se manifeste en second lieu en la forme juridictionnelle. Un acte de juridiction est l'acte par lequel les gouvernants constatent l'existence d'une situation juridique subjective, déclarent vouloir qu'elle se réalise et annoncent que, s'il y a lieu, la contrainte matérielle dont ils disposent sera employée pour en assurer par la force, directement ou indirectement, la réalisation. Ici la volonté gouvernante n'apparaît point comme créatrice d'une situation juridique subjective nouvelle. Cette situation juridique existe déjà; un acte de volonté, soit d'un particulier, soit des gouvernants, l'a créée antérieurement. Les gouvernants la constatent et déclarent vouloir qu'elle se réalise. La juridiction est encore une manifestation de volonté des gouvernants, visant une situation juridique subjective, par conséquent individuelle et momentanée; mais cet acte de volonté ne crée pas la situation juridique, parce qu'elle existe déjà; s'il la créait, ce serait un acte d'administration; le gouvernant la constate; mais il ne se borne pas seulement à la constater; l'opération psychologique n'est pas un simple jugement au sens logique du mot; il y a de plus un acte de volonté; le gouvernant fait en quelque sorte sienne la situation juridique subjective préexistante; il déclare vouloir qu'elle se réalise, et, s'il veut qu'elle se réalise, cela implique naturellement qu'il est disposé à employer la contrainte, si cela est nécessaire, pour en assurer par la force la réalisation. En résumé, pour qu'il y ait juridiction, il faut qu'il existe au préalable une situation juridique subjective, et l'acte juridictionnel en est la cons-

tatation par le gouvernant, avec la déclaration de volonté que la situation produise tous ses effets. Cela montre nettement la différence entre l'administration et la juridiction. Par l'acte administratif, le gouvernant crée une situation juridique subjective nouvelle, qu'il veut naturellement voir se réaliser; par l'acte juridictionnel, il constate l'existence d'une situation juridique subjective préexistante et déclare vouloir qu'elle se réalise. On a exprimé la même idée par cette proposition bien connue : les jugements ne créent pas de droits, ils les constatent.

Ici la manifestation de la volonté gouvernante nous apparaît avec des caractères que nous ne rencontrons jamais dans les manifestations volontaires des gouvernés. Faut-il en conclure que la volonté des gouvernants prend alors un autre caractère que celui de simple volonté individuelle et devient cette volonté supérieure, souveraine, que nous avons niée précédemment[1]? Point du tout. Le gouvernant fait sienne la situation juridique préexistante. Il y a, pour employer un terme du droit civil, une sorte de novation qu'avaient bien aperçue les jurisconsultes romains. Pour réaliser cette novation, il n'est pas nécessaire que la volonté des gouvernants soit, prise en elle-même, supérieure à celle des gouvernés. Ils déclarent en outre vouloir que cette situation juridique se réalise au besoin par l'emploi de la contrainte. Cette déclaration vaut juridiquement, non pas parce qu'elle émane d'une volonté supérieure, souveraine, mais parce que bien évidemment elle est déterminée par un but conforme au droit objectif. En effet, le gouvernant veut une situation juridique subjective déjà existante et par conséquent elle-même conforme au droit objectif. Au reste,

1. V. *supra*, chap. v, § 5.

il importe de noter que l'acte juridictionnel n'est pas en soi la mise en mouvement de la contrainte matérielle ; il annonce seulement l'emploi possible de la force, si l'effet reconnu juridique n'est pas spontanément réalisé. C'est logique. En faisant sienne la situation juridique, le gouvernant ne peut que déclarer qu'il aura recours à la contrainte si besoin est. D'ailleurs, l'acte juridictionnel contiendrait-il en lui-même la mise en mouvement de la contrainte, son caractère juridique n'en serait point modifié; il ne deviendrait point un acte de souveraineté, l'acte d'une volonté, supérieure en droit et en raison. Effectivement on s'est attaché à démontrer plus haut que la mise en jeu de la contrainte matérielle n'avait aucun caractère juridique, qu'elle était un simple fait matériel, que le pouvoir physique de contraindre ne pouvait modifier le caractère psychologique de la volonté gouvernante[1]. L'acte juridictionnel ne pourrait avoir le caractère d'un acte de volonté supérieure que si on admettait qu'il émane de la volonté collective ; or cette volonté collective, supérieure en soi aux volontés individuelles, nous la nions.

Cette intervention des gouvernants, à l'effet de constater l'existence d'une situation juridique subjective préexistante et d'en promettre la réalisation par la force, le cas échéant, n'a pas été assurément une des fonctions primaires de l'Etat. Sans doute, du jour où, par suite d'une différenciation entre les forts et les faibles, la force s'est monopolisée entre les mains d'un ou de plusieurs gouvernants, ceux-ci ont été naturellement amenés à employer la contrainte pour assurer la réalisation des situations subjectives; mais cela n'était pas la juridiction. La fonction juridictionnelle n'a existé qu'au moment où le gouvernement a accompli cette

1. V. *supra*, chap. v, § 4.

mission spéciale, qui ne consiste ni à créer une situation de droit ni à déchaîner une force matérielle de contrainte, mais seulement à constater l'existence d'une situation de droit. On n'est arrivé à cette conception qu'à la suite d'un long effort; il serait intéressant de montrer comment lentement la fonction juridictionnelle, ainsi comprise, s'est dégagée et précisée. Le facteur essentiel de cette évolution a été encore ici le besoin conscient de protéger l'individu contre l'arbitraire des gouvernants. Ceux-ci devaient intervenir directement par l'emploi de la contrainte, pour réaliser la situation de droit. Le progrès fut de n'admettre l'intervention coercitive qu'après que le gouvernant lui-même aurait solennellement constaté l'existence et l'étendue de la situation juridique, et cela après débat contradictoire des intéressés. Le progrès consista surtout à exiger cette constatation préalable, même lorsque la situation juridique subjective était créée par la volonté gouvernante, et cela est l'œuvre de l'époque moderne[1]. Enfin un autre progrès a été de confier la constatation des situations juridiques subjectives à des agents spéciaux, soustraits autant que possible à l'influence des gouvernants; mais cela se rattache à l'organisation étatique dont l'étude ne rentre pas dans le cadre de ce livre.

La notion de l'acte juridictionnel, tel que nous venons de le définir, n'est point unanimement admise. Mais les conceptions différentes de la nôtre nous paraissent provenir d'une confusion souvent faite entre le caractère intrinsèque des actes étatiques et le caractère qu'ils revêtent par suite de la nature des agents qui les accomplissent ou, comme on dit souvent, entre le point de vue matériel et le point de vue formel.

1. Cf. Gneist, *Der Rechtsstaat*, 2e édit., 1879.

C'est ainsi que beaucoup d'auteurs ont été amenés, parfois inconsciemment, et tout en affirmant la distinction du point de vue formel et du point de vue matériel, à confondre l'administration et la juridiction, comme aussi, on le verra plus loin, l'administration et la législation. En nous tenant à notre définition de l'acte juridictionnel, nous sommes amenés à reconnaître le caractère administratif à beaucoup d'actes, considérés habituellement comme des actes juridictionnels, et par exemple en premier lieu aux actes de juridiction répressive. Le jugement de condamnation pénale est au fond un acte administratif et non juridictionnel. La proposition est paradoxale ; elle nous paraît certaine. Le prévenu est présumé innocent jusqu'à la condamnation ; le délit qu'il a commis est un fait non juridique, qui n'a créé aucune situation juridique[1] ; la condamnation seule rend le prévenu, suivant la vieille expression « débiteur de la peine » ; elle est donc un acte qui crée une situation juridique nouvelle ; elle est et ne peut-être au fond des choses qu'un acte administratif. Qu'on lui donne, si l'on veut, le nom d'acte juridictionnel, mais qu'on reconnaisse que le caractère de cet acte est essentiellement différent de celui où le juge, au nom du gouvernant, se borne à constater l'existence d'une situation de droit, et au contraire complètement identique à l'acte par lequel l'administrateur crée une situation juridique subjective. Dans une classification logique, on y verra un acte administratif, mais un acte administratif, qui est accompli avec les diverses garanties qui accompagnent habituellement l'acte juridictionnel. D'ailleurs, ce n'est pas le seul exemple, et dans l'Etat moderne beaucoup d'actes administratifs par leur nature sont ainsi réali-

1. V. *supra*, chap. III, § 7.

sés en la forme juridictionnelle. On peut même dire qu'il y a une tendance marquée à donner de plus en plus la forme et les garanties juridictionnelles à beaucoup d'actes de leur nature administratifs ; mais cela ne peut en changer le caractère intrinsèque. La raison de cette tendance est toujours le besoin de protéger de plus en plus l'individu contre l'arbitraire gouvernemental[1].

On indiquera plus loin quelques-unes des grandes théories relatives à la distinction de la législation, de l'administration, de la juridiction, et qui s'écartent des idées exposées ici; mais nous tenons à mentionner immédiatement l'opinion de notre savant collègue, M. Artur, qui, dans un article récent, écrit ceci : « Juger, c'est dire le droit à l'effet d'en assurer le respect, quand il y a lieu de le faire, c'est-à-dire quand il est violé ou contesté[2]. » Au premier abord, cette définition nous a séduit. Après réflexion, elle nous paraît inadmissible. Elle est à la fois trop large et trop étroite. Juger, c'est dire le droit. Est-ce dire le droit objectif ou constater le droit subjectif? Telle règle de droit, même déjà constatée législativement, est obscure, souvent violée, constamment contestée, les gouvernants interprètent cette règle, par voie générale, spontanément ou sur la demande d'intéressés. Ils « disent le droit, quand il est violé ou contesté », et cependant M. Artur sera le premier à reconnaître qu'il n'y a point là un acte de juridiction, mais un acte de législation; c'est une disposition par voie générale, et notre collègue le dit lui-même au début de son article très exactement : le caractère essentiel de la loi est d'être générale.

1. Cf. Hænel, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, dans *Studien*, t. II, p. 178 et suiv., p. 252.
2. Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, dans *Revue du droit public*, 1900, t. I, p. 226.

Mais, d'autre part, je suis porteur d'un titre sous seing privé; j'assigne mon débiteur en reconnaissance d'écriture; il reconnaît son écriture, et une décision de l'autorité compétente intervient constatant l'existence de la dette. C'est incontestablement une décision juridictionnelle; et cependant il n'y a ni violation, ni contestation du droit. A l'inverse, la violation du droit objectif pourra être souvent la condition d'un acte de nature certainement administrative. L'acte par lequel le supérieur hiérarchique annulle l'acte d'un inférieur pour violation de la loi suppose une violation du droit; il est cependant certainement un acte administratif. Aussi le très intéressant article de M. Artur nous paraît-il laisser intacte notre définition de l'acte juridictionnel : la constatation d'une situation juridique subjective préexistante, avec déclaration que la contrainte sera employée, si besoin est, pour en assurer la réalisation.

La législation enfin est l'acte par lequel les gouvernants constatent une règle de droit objectif. La loi positive doit donc se définir : une règle de droit objectif, constatée par les gouvernants. On est généralement d'accord pour reconnaître que toute loi positive contient une règle de droit objectif, d'après l'expression allemande, une *Rechtssatz*, que c'est là le critérium essentiel qui distingue la loi positive de l'acte administratif et de l'acte juridictionnel. Mais, malgré cet accord sur ce premier point, les divergences sont nombreuses quand il s'agit de préciser la notion de loi positive. On indiquera plus loin quelques-unes des principales théories et on montrera les critiques qu'on peut leur adresser. Mais il faut préciser nettement ici notre conception de la loi positive.

Nous avons essayé de déterminer dans les premiers chapitres de ce livre le fondement du droit objectif

et de le rattacher directement à la notion de solidarité sociale. Nous avons montré que la solidarité sociale impliquait directement l'existence de règles, vraiment règles de droit, qui s'imposaient à tous, gouvernants et gouvernés, supérieures aux uns et aux autres. Par conséquent, quand les gouvernants formulent une règle de droit dans une loi positive, ils ne créent pas cette règle de droit, qui est antérieure et supérieure à eux; ils ne peuvent que la constater; c'est pourquoi nous définissons la loi positive la constatation d'une règle de droit objectif, et non pas la création d'une règle de droit objectif; c'est pourquoi, en même temps, la loi positive s'impose aux gouvernants comme aux gouvernés. Dans l'opinion généralement admise, qui voit dans la loi positive la création d'une règle de droit, on explique difficilement comment cette loi positive s'impose, même à ceux qui l'ont faite, et on a recours à la théorie, déjà exposée, de l'*auto-limitation* de l'Etat; ou bien on est forcé de dire, comme Laband, qu'une disposition, dont l'effet est restreint « à l'intérieur de l'apparat administratif », n'est pas véritablement une loi au sens matériel, parce qu'on ne peut pas se donner des ordres à soi-même[1]. Avec notre définition, tout s'explique : la loi positive est la simple constatation d'une règle de droit, et cette loi s'impose aux gouvernants aussi bien qu'aux gouvernés, comme la règle de droit dont elle n'est que la constatation. Mais, dira-t-on, il peut arriver en fait qu'une loi ne soit pas la constatation d'une règle de droit et contienne une disposition, qui soit contraire au droit objectif, tel qu'il est compris à une époque déterminée et dans un pays donné, cet acte ne sera-t-il pas cependant une loi, s'il émane d'un organe législatif régulièrement

1. Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 666, 3e édit., 1895.

constitué? Nous n'hésitons pas à répondre, non cet acte ne sera pas une loi; cet acte sera sans valeur, et personne ne sera tenu d'y obéir. Cette proposition est la conséquence de tout ce qui précède. Nous avons nié la souveraineté de l'Etat; nous avons affirmé que les gouvernants n'avaient pas le droit de commander, en tant que gouvernants, parce qu'une volonté individuelle était toujours égale à une autre volonté individuelle, parce qu'aucun homme n'avait le droit de commander à un autre homme, parce que même l'unanimité moins un n'avait pas le droit de commander à un seul. Si donc la loi positive s'impose au respect, ce n'est pas parce qu'elle émane de tel ou tel organe, de tel ou tel individu, de tel ou tel groupe d'individus, mais seulement parce que et quand elle est l'expression d'une règle de droit. Tout acte qui n'est pas la constatation d'une règle de droit, et qui crée une prétendue règle de droit positif, est théoriquement un acte arbitraire, sans valeur; nul n'est tenu d'y obtempérer. Le gouvernant est sorti de son pouvoir, et l'acte qu'il a fait, il l'a fait sans pouvoir juridique; il pourra en imposer l'obéissance par la force matérielle dont il dispose, mais cette force sera illégitime, et toute force qui y sera opposée sera au contraire légitime. Il y a un acte d'oppression, et tout individu a le droit de résister à l'oppression, dans les conditions déterminées précédemment[1]. Nous ne saurions trop insister sur ce point, et protester contre les doctrines qui considèrent le droit comme une simple création de l'Etat, et qui voient une règle de droit dans toute décision du législateur. Telle ou telle loi, dit-on, peut être mauvaise, peut être arbitraire; le législateur qui l'a faite peut avoir commis un crime en la portant; une loi peut être immorale, tyrannique, *illégitime*, mais

1. V. *supra*, chap. IV, §§ 4-6.

une loi ne peut pas être *illégale*. « La loi, dit M. Artur, au moment où on la fait, ne dépend d'aucune prescription antérieure, d'aucune loi. Par suite, une loi ne peut pas être illégale.., c'est-à-dire qu'au point de vue positif humain c'est un acte de puissance publique, contre lequel aucun recours n'existe [1]. » Assurément aucun recours n'existe contre un acte législatif; et encore faudrait-il faire la réserve, résultant de l'application, en certains pays, du principe des constitutions rigides et de la création, parfois essayée, d'un organe chargé d'apprécier la validité des lois au point de vue de leur constitutionnalité. M. Artur a eu raison de faire cette réserve. Nous accordons que, quelque savante que soit l'organisation politique d'un pays, il y a toujours forcément dans ce pays un organe dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours; il y a toujours, dans la succession des recours possibles contre l'arbitraire, une limite de fait devant laquelle on doit forcément s'arrêter. Mais qu'importe? Le pouvoir sans appel de tel ou tel organe peut-il lui donner le pouvoir de créer le droit contre le droit? Cet organe, quel qu'il soit, ne peut avoir la puissance de créer une règle de droit; son acte ne peut s'imposer que s'il est la constatation d'une règle de droit; si non, il est un acte de force, rien de plus. Qu'on le qualifie d'illégitime et non d'illégal, la chose importe peu. Mais ce qu'on doit affirmer énergiquement, c'est que nul ne lui doit obéissance.

La loi positive n'étant que la constatation d'une règle de droit, il en résulte que la loi positive n'est pas par elle-même un ordre des gouvernants. On examinera plus loin cette question délicate de l'ordre dans la loi [2].

1. Artur, *Séparation des pouvoirs et des fonctions*, dans *Revue du droit public*, 1900, t. I, p. 221.
2. V. *infra*, chap. VII, § 3.

Mais précisons notre pensée. On a montré plus haut que l'acte de volonté unilatéral des gouvernants n'était pas, ne pouvait pas être un ordre[1], et cela parce qu'il est un acte de volonté individuelle, que l'ordre impliquait la supériorité d'une volonté sur une autre volonté, et qu'une volonté individuelle n'était jamais supérieure à une autre volonté individuelle. Les manifestations législatives de la volonté gouvernante ne peuvent avoir le caractèce d'ordre, pas plus que ses autres manifestations. Cela peut être paradoxal ; mais cela nous paraît tout fait vrai et la conséquence logique de notre point de départ. Les gouvernants n'ont pas comme tels une volonté supérieure à celle des gouvernés ; ils ne peuvent leur donner d'ordres, ni par la loi, ni par un acte administratif, ni par un acte de juridiction. La loi positive n'est pas un ordre donné par les gouvernants aux gouvernés. Mais il n'en résulte pas cependant que la loi ne nous apparaisse pas comme une disposition impérative. En effet, elle est la constatation d'une règle de droit, laquelle est une règle impérative. La loi est impérative, parce qu'elle contient une règle de droit qui est impérative par elle-même, et non point parce qu'elle serait un ordre des gouvernants. Les gouvernants, en formulant la loi, veulent assurément l'application d'une règle de droit, avec tous ses caractères, et particulièrement son caractère impératif. Ce caractère, ils ne le lui donnent pas ; elle l'avait par elle-même, avant l'intervention des gouvernants. Dans toute loi, il y a une *norme* juridique, laquelle est impérative ; mais la loi positive elle-même, comprise comme l'expression de la volonté des gouvernants, n'est pas, ne peut pas être un ordre donné par les gouvernants aux gouvernés.

1. V. *supra*, chap. v, § 5.

Il faudra toutefois rechercher si, dans certaines lois positives, et même peut-être dans la plupart des lois positives modernes, il n'y a pas en un sens de véritables ordres émanant des gouvernants et qui se rattacheraient à l'élément suivant. Le plus habituellement, le gouvernant en faisant une loi positive ne se borne pas à formuler une règle de droit, il prend aussi des mesures pour en assurer le respect, il organise un appareil destiné à prévenir la violation de la *norme* juridique, à en réprimer la violation ou à réparer les conséquences qui peuvent résulter de cette violation. Ces mesures s'adressent surtout aux agents des gouvernants ; et elles constituent ce qu'on peut appeler la partie *constructive* de la loi [1]. Ces dispositions peuvent être des ordres, comme aussi la concession d'une certaine compétence faite à des agents gouvernementaux. Mais, pour déterminer le caractère exact de ces dispositions *constructives*, il faut rechercher le caractère exact des rapports hiérarchiques qui existent entre les divers agents gouvernementaux et entre les gouvernants et leurs agents. C'est une question dont la solution peut varier à l'infini suivant chaque pays. Mais cette partie constructive n'est pas un élément essentiel de la loi. Il reste que la loi est essentiellement la constatation d'une règle de droit, la formule d'une norme juridique, impérative par elle-même, et non parce qu'elle serait un ordre des gouvernants. On verra plus loin qu'en fait il existe beaucoup de dispositions, qui sont vraiment des lois et qui ne contiennent aucunes dispositions constructives. Les *leges imperfectæ* du droit romain n'étaient pas autre chose que cela.

La loi, étant la constatation d'une règle de droit, est

1. V. *infra*, chap. VII, §§ 4 et 5.

générale, comme la règle de droit qu'elle constate. On a insisté précédemment sur le caractère de généralité qui appartient à la règle de droit[1]; la conséquence de notre définition de la loi est que la généralité est aussi un des caractères essentiels de toute loi positive, qu'on ne peut attribuer le caractère de loi qu'à une disposition par voie générale, que toute disposition qui n'est pas une disposition par voie générale n'est pas une loi. Cette notion longtemps unanimement admise a été cependant contestée récemment par deux jurisconsultes éminents de l'Allemagne, Jellinek et Laband[2]; on essaiera plus loin de réfuter leur doctrine à cet égard[3].

Le droit objectif, que doit constater la loi, n'est point ce droit idéal et immuable qui est à la base de toutes les doctrines de droit naturel, mais le droit objectif tel que nous l'avons défini; c'est-à-dire un droit en une perpétuelle évolution, résultant des formes continuellement changeantes de la solidarité sociale, et constamment variables suivant les temps et suivant les pays. La loi positive doit s'adapter à ces formes sociales, et le rôle des gouvernants est précisément d'assurer à chaque instant cette adaptation aussi complètement que possible. La fixité et l'uniformité générales des lois sont donc contraires à la réalité des choses, et partant impossibles. La loi constate le droit objectif, mais le droit objectif, tel qu'il est, c'est-à-dire éternellement changeant.

Comment les gouvernants ont-ils été amenés à constater ainsi expressément les règles du droit objectif? Dans l'acte administratif, les gouvernants veulent,

1. V. chap. II, §§ 2 et 3.
2. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 236, 1887; — Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 489, 3e édit., 1895.
3. V. *infra*, chap. VII, §§ 1 et 2.

comme tout particulier peut le vouloir, créer une situation juridique subjective. Mais la constatation du droit objectif n'appartient qu'aux gouvernants. La fonction législative est exclusivement étatique. Comment s'est formée cette fonction? Comment est-on même allé plus loin, et a-t-on reconnu (ce qui peut être considéré comme un élément essentiel du droit moderne), que les gouvernants ne peuvent, eux, faire un acte juridique valable qu'à la condition qu'il soit conforme à une règle de droit, législativement constatée? Comment la fonction législative est-elle devenue ainsi la fonction essentielle de l'Etat moderne, la source et la limite de toutes les autres? Comment est-on arrivé à déclarer que toute manifestation de la volonté gouvernante, qui ne rentre pas dans les limites tracées par une loi positive, expressément formulée, est sans valeur juridique, alors même qu'elle puisse être considérée comme déterminée par un but de solidarité sociale? En un mot, comment a-t-on été conduit à affirmer la limitation de la volonté juridique des gouvernants par la loi écrite, et a-t-on pu dire justement : la loi écrite pour le sociologue et le juriste est un document; pour les gouvernants et leurs agents, elle est une limite? Cela est le résultat d'une longue évolution, dont on essaiera plus loin de marquer les principales étapes.

II

Il importe de jeter auparavant un coup d'œil rapide sur quelques doctrines qui ont aujourd'hui un grand crédit, et dont la critique est le complément et sera la confirmation de notre exposé.

En définissant la législation, la juridiction et l'administration comme nous l'avons fait, nous nous sommes placés, pour employer une terminologie généralement admise, au point de vue *matériel*. De bons esprits estiment que toute distinction faite à ce point de vue est arbitraire et incertaine et que la distinction des trois fonctions de l'Etat ne peut être faite qu'au point de vue *formel*. Pour cette raison, on désignera leurs doctrines par l'expression de doctrines formalistes. Au fond, ces doctrines se rattachent toutes à l'idée suivante: tout acte de volonté émané de l'Etat a en soi le même caractère ; il est l'acte d'une volonté souveraine, et il a et conserve toujours le caractère que lui donne la volonté dont il émane; si donc il y a des différences entre les divers actes étatiques, elles peuvent tenir seulement à l'organe ou à l'agent de l'Etat qui a fait l'acte. Tel acte a tel ou tel caractère, suivant l'organe dont il émane. Tout acte émané de l'organe législatif est un acte législatif; tout acte émané de l'organe administratif est un acte administratif; tout acte émané d'une juridiction est un acte de juridiction. Aller plus loin, et prétendre distinguer les différents actes étatiques, d'après leurs caractères intrinsèques, leur nature interne, c'est ouvrir la porte à des controverses insolubles, c'est formuler des distinctions arbitraires, et surtout sans aucun intérêt pratique; car, ajoute-t-on, tout acte émané de l'organe législatif aura force de loi, alors même qu'on puisse raisonnablement soutenir qu'il n'est pas matériellement une loi ; et de même pour tous actes, quels qu'ils soient, émanés de l'organe administratif ou de l'organe juridictionnel; ces actes n'auront jamais que les effets et la force d'un acte administratif ou d'un acte juridictionnel, quelle que soit leur nature intrinsèque.

La conception formaliste a été longtemps dominante

dans la doctrine française, et peut-être même est-elle celle du droit positif français. Quel sens faut-il donner à l'article 1, paragraphe 1, de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 : « Le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, la Chambre des députés et le Sénat. » Cela veut-il dire que toute décision des deux chambres est une loi, quels que soient ses caractères intrinsèques ? Ou cela signifie-t-il que la loi au sens matériel ne peut résulter que du vote des deux chambres ? Au point de vue de l'interprétation exégétique, on peut discuter. Quoi qu'il en soit, pendant longtemps la doctrine française n'a guère admis que la notion formelle de la loi. M. Ducroq[1] et M. Beudant[2] notamment paraissent bien ne définir la loi que d'après ses caractères formels. Un auteur récent, M. Jacquelin, attribue la qualité de loi à tout acte fait par le parlement en la forme législative, sans qu'on ait à rechercher le caractère intrinsèque de cet acte[3]. Mais nous constatons avec plaisir que plusieurs auteurs français et des plus distingués ont, dans des publications récentes, affirmé la distinction entre la notion matérielle et la notion formelle et enseigné que n'était point loi dans le sens matériel tout acte émané du parlement et voté en la forme législative. M. Esmein écrit très exactement : « Les deux chambres... ont en réalité... des fonctions multiples et diverses... La diversité de ces fonctions n'empêche pas que toute décision prise par les deux chambres... porte le nom de loi ; c'est le nom générique par lequel on désigne toutes les décisions prises par le pouvoir législatif, et cela est exact au point de vue de la *forme*. Mais, quant au *fond*, beaucoup d'entre elles ne sont pas des lois[4]. »

1. Ducroq, *Droit administratif*, t. I, p. 12 et suiv., 6e édit., 1897.
2. Beudant, *Cours de droit civil*, publié par son fils, t. I, p. 4, 1896.
3. Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, 1899.
4. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 693, 2e édit., 1898.

M. Planiol marque bien aussi que la loi proprement dite se détermine par certains caractères de fond, que tout acte du parlement n'est pas une loi et ne l'est que s'il réunit les conditions matérielles de la loi[1]. Dans un article récent déjà cité, M. Artur exprime fortement la même idée[2]. Ainsi on peut considérer qu'à l'heure actuelle la doctrine française, par l'organe de ses représentants les plus autorisés, admet la distinction du point de vue formel et du point de vue matériel et estime que la loi en soi est déterminée par certains éléments de fond. Mais nous ne serions pas éloignés de croire que la théorie formaliste pure fût seule conforme au droit constitutionnel français.

En Allemagne la distinction du point de vue matériel et du point de vue formel est généralement admise[3]. Cependant quelques auteurs estimés repoussent la distinction et enseignent que toute décision, émanée de l'organe dit législatif et portée en forme de loi, est toujours véritablement une loi, quel que soit son objet. La question a été surtout discutée à propos du budget. Les représentants des doctrines formalistes affirment que le budget est véritablement une loi[4]. Une décision devient une loi par cela seul qu'elle est adoptée par l'organe législatif. L'idée est défendue notamment,

1. Planiol, *Traité de droit civil*, t. I, p. 55, 1900.

2. Artur, *Séparation des pouvoirs et des fonctions*, dans *Revue du droit public*, 1900, t. I, p. 219.

3. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 213 et suiv. ; — Laband, *Staatrecht*, t. I, p. 488 et p. 640, 3e édit., 1895 ; — G. Meyer, *Lehrbuch des Staatsrechts*, p. 481, 4e édit., 1895, — et toute la bibliographie rapportée par Laband et G. Meyer.

4. L'opinion contraire, en ce qui concerne particulièrement le budget, a été surtout défendue par Laband, qui considère le budget tout entie comme un simple acte administratif, et qui, à cet égard, va trop loin selon nous. V. Laband, *Zum Lehre vom Budgetrecht*, dans *Archiv für öffentliches Recht*, t. I, p. 172 et suiv., 1886 ; — Id., *Staatsrec ht* t. II, p. 938 et 988, 3e édit., — et les nombreux auteurs que cite Laband — Cf. pour le budget, *infra*, chap. VII, §§ 1 et 2.

avec une véritable passion, par Martitz dans la *Revue* de Tubingue[1]. C'est aussi en somme la conclusion à laquelle aboutit Hænel dans son étude analytique et critique de la notion de loi; sa pensée apparaît bien dans cette proposition : « Il y a dans la loi une force inconditionnée et novatoire, qui la distingue dans sa nature juridique de l'ordonnance administrative, qui fait de la règle qu'elle contient une règle de droit pleinement autonome, même quand son contenu aurait pu former le contenu d'une ordonnance administrative. » Ainsi le mot loi ne peut avoir qu'un sens ; il désigne l'acte étatique qui, à cause de l'organe dont il émane, confère à la disposition qu'il contient le caractère de règle de droit autonome. Comme conséquence, Hænel repousse l'application au budget de la distinction du point de vue matériel et du point de vue formel et déclare que le budget, établi par les organes législatifs, est purement et simplemeut une loi[2].

La théorie formaliste de la loi a été renouvelée récemment d'une manière ingénieuse par le professeur Fricker. Malgré les efforts du savant auteur, elle nous paraît toujours inexacte. Voici au reste les propositions qui nous semblent caractériser le mieux la doctrine de Fricker. « Tout contenu de droit, toute détermination de la signification d'une exigence juridique, tout contenu dont on peut dire : cela doit être le droit, est aussi le contenu possible de la loi. Il y a à l'action du législateur seulement des limites politiques, non des limites juridiques. Ainsi des droits subjectifs peuvent être créés

1. Martitz, *Begriff des Gesetzes*, dans *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, t. XXXVI p. 207 et suiv., 1880.

2. Hænel, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, dans *Studien*, t. II, p. 275 et 310, 1888. — V. une discussion intéressante des doctrines de Martitz et de Hænel, dans Anschütz, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz*, p. 20 et suiv., dissertation inaugurale, Halle, 1891.

directement par la loi; il n'y a alors besoin d'aucun acte juridique spécial; même des jugements judiciaires peuvent être rendus inutiles par la loi, puisqu'à leur place peut venir l'ordre concret de l'objet de la loi. » Par conséquent tout acte, émané du pouvoir législatif tel qu'il est constitutionnellement établi, est une loi. La seule question qui se pose, dit Fricker, est de savoir quel contenu juridique appartient exclusivement au législateur, de telle sorte qu'il ne puisse être établi que par voie législative. A cela on doit répondre : l'Etat moderne, qui tend à l'exclusion de tout arbitraire dans le domaine du droit, a associé au pouvoir législatif la représentation populaire et a vu là la meilleure garantie contre l'arbitraire ; d'où il suit que toute prescription d'un organe public, toute prétention d'un particulier, tout changement aux rapports existants, doivent être fondés sur la loi, pour que la force et l'autorité du droit leur appartiennent. C'est bien dire que ce qui donne à un acte le caractère de loi, ce n'est pas son contenu interne, mais c'est la participation de la représentation populaire à la confection de cet acte. Toutefois Fricker fait une part à la conception de la loi au sens matériel. En effet, il ajoute : A mesure que l'Etat moderne progresse vers la réalisation du *Rechtsstaat*, vers l'exclusion de plus en plus grande de l'arbitraire dans le domaine du droit, l'acte du législateur, qui en soi peut être un acte quelconque, tend de plus en plus à devenir une règle générale et abstraite, à ne pas créer un rapport de droit concret, mais à prévoir par avance et par voie générale et abstraite un état de fait, auquel des effets de droit seront attachés, si bien que ces effets de droit se produiront partout où existera cet état de fait. L'auteur déclare que cela est très juste. « La règle de droit abstraite, contenue dans la loi, donne à l'Etat son empreinte solide, au particulier des

cadres fermes, dans l'intérieur desquels la vie individuelle se déroule, auxquels elle peut se fier, avec lesquels elle peut compter; c'est l'achèvement de la conception du droit objectif dans le sens du droit légal[1]. »

En écrivant que la conception, qui identifie le droit légal et le droit objectif, est la garantie par excellence de l'individu contre l'arbitraire de l'Etat, Fricker exprime une idée très exacte. Mais il ne voit là que la tendance à un idéal, dont l'Etat moderne se rapprocherait chaque jour davantage. Nous y voyons au contraire une réalité ; nous pensons qu'une règle formulée par l'Etat, même par la représentation nationale, n'est une règle de droit que lorsqu'elle est conforme au droit objectif fondé sur la solidarité sociale, et qu'alors seulement obéisssance lui est due. La volonté du peuple ne peut pas créer le droit ; elle ne peut que le constater. Cette notion a toujours été comprise, malgré les nombreuses déformations qu'elle a reçues. Le progrès a consisté, non pas dans l'acquisition de cette conception, mais dans la conscience que l'acte juridique d'un agent de l'Etat, même conforme au droit objectif non écrit, ne produirait un effet de droit que s'il était conforme au droit objectif officiellement constaté.

Quoi qu'il en soit, nous repoussons sans hésiter toutes ces doctrines formalistes. Nous ne comprenons pas comment le caractère d'un acte peut varier suivant l'organe ou l'agent qui fait cet acte. Ou bien l'acte législatif, l'acte juridictionnel, l'acte administratif n'ont aucune différence entre eux ; ou bien, cette différence existant, elle doit subsister quel que soit l'agent qui accomplit l'acte, quelle que soit la forme en laquelle il se

1. Fricker, *Gesetz und Budget*, dans *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, t. L, p. 381 et suiv., et p. 387, 1894. V. un résumé de l'article, *Revue du droit public*, 1894, t. II, p. 573.

manifeste. Et, pour prendre quelques exemples tirés du droit positif français, si l'acte par lequel un agent, dit administratif, autorise une commune à faire un emprunt, est certainement un acte administratif, l'acte par lequel le parlement accorde cette autorisation est et reste un acte administratif ; le montant de la somme à emprunter ne peut pas modifier le caractère de l'acte. Si le budget, qu'arrête un conseil municipal ou un conseil général, est un acte administratif d'un avis unanime, le budget qu'établit le parlement est aussi certainement un acte administratif. Le budget a un certain caractère qui lui appartient nécessairement, quelque soit l'organe qui l'établit. Et à l'inverse, si la règle générale et abstraite conforme au droit objectif, formulée par le parlement, est une loi, elle reste une loi, quand elle est formulée par un autre organe que le parlement, par le chef de l'Etat par exemple. Tout acte qui a le caractère de loi reste une loi nécessairement, quel que soit l'organe étatique qui l'accomplit. Si la décision du parlement établissant des mesures générales de police est une loi, le règlement du chef de l'Etat prescrivant des mesures de même ordre est aussi nécessairement une loi. Nous faisons bien entendu abstraction de la question délicate, de savoir dans quel cas le chef de l'Etat peut, d'après le droit positif français, statuer par voie réglementaire ; et nous nous bornons à dire : si dans un acte, même émané du chef de l'Etat, agissant seul, nous retrouvons le caractère intrinsèque de la loi, nous devons affirmer que cet acte est une loi.

D'autre part la doctrine formaliste conduit, comme le fait très justement observer M. Artur[1], à une conséquence inadmissible. En effet, si cette doctrine était vraie, il

1. Article cité, *Revue du droit public*, 1900, t. I, p. 224.

faudrait dire que, dans les pays où toutes les fonctions sont concentrées entre les mains d'un seul organe, tous les actes étatiques ont le même caractère, que par exemple en France avant 1789, on ne pouvait point distinguer des actes administratifs, des actes juridictionnels, des actes législatifs, que tout acte était considéré comme émanant de la toute-puissance du roi, et, que, par conséquent, il avait toujours la même nature. Il faudrait en dire autant pour les pays, comme la Russie, qui n'ont point de représentation nationale, l'empereur réunissant en sa personne toutes les fonctions de l'Etat. Il ne peut en être ainsi ; la distinction de l'administration, de la juridiction et de la législation a toujours été reconnue dans la France de l'ancien régime, comme elle l'est aujourd'hui dans l'empire russe. Mais la malheureuse théorie de la séparation des pouvoirs a pénétré si profondément dans les esprits que depuis un siècle nous avons peine à nous dégager des idées fausses qu'elle a entraînées à sa suite. La doctrine formaliste en est la conséquence; et l'imprécision de ces termes, pouvoirs, fonctions, qu'à défaut d'autres on est obligé d'employer, est venue achever la confusion. Disons organes et fonctions. Si l'on doit distinguer diverses fonctions de l'Etat, au point de vue du droit, il faut assurément que chacune de ces fonctions ait des caractères propres; autrement la distinction n'a pas de raison d'être ; il faut aussi que les caractères subsistent, quel que soit l'organe d'Etat qui les accomplit ou qui joue le rôle principal dans leur accomplissement. C'est du reste une tout autre question de savoir si une voie de secours est ouverte contre tel acte; la recevabilité du recours ne dépend point en effet de la nature intrinsèque de l'acte, mais de l'organe qui l'a fait. De ce que toute décision du parlement est insusceptible d'un recours quelconque, il ne résulte pas

qu'elle soit une loi; si le recours contre elle est impossible, ce n'est pas parce qu'elle est une loi, mais parce qu'elle émane d'un organe contre lequel toute voie de recours est fermée. Il y a là deux questions absolument différentes : le question de la recevabilité du recours, qui dépend de la situation de l'organe qui a fait l'acte, et la question de la nature de l'acte, qui dépend uniquement des caractères intrinsèques de cet acte. Le caractère matériel de la loi reste ainsi absolument indépendant de la nature de l'organe qui la formule. La loi est ce qu'elle est, quel que soit l'organe qui l'édicte[1].

Reste à savoir quels sont les caractères matériels qui distinguent la loi de l'acte administratif et de l'acte juridictionnel. Nous avons essayé de les définir au paragraphe précédent; mais nous nous trouvons en présence de deux doctrines, défendues par des auteurs considérables, qui s'éloignent sensiblement de notre opinion, et sur lesquelles nous devons nous expliquer.

III

Quelques publicistes veulent déterminer les caractères matériels, qui distinguent la législation, l'administration et la juridiction, en les rattachant aux diverses missions qui incombent à l'Etat, au but de l'Etat. Inspirée par Gneist et par Gierke[2], cette doctrine a été pré-

1. C'est ce que M. Artur (article cité, *Revue du droit public*, 1900, t. I, p. 224) nous paraît n'avoir pas suffisamment mis en relief. Notre savant collègue ne fait-il pas une concession aux doctrines formalistes, quand il laisse entendre qu'il n'y a loi, même au sens matériel, que lorsque la décision émane d'un organe souverain?

2. Gneist, *Rechtsstaat*, particulièrement, p. 8 et suiv., 2ᵉ édit., 1879. — Gierke, article cité, *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, t. XXX, p. 160 et 265, 1874.

cisée et systématiquement exposée par Jellinek, dans les ouvrages déjà plusieurs fois cités[1]. D'après le savant professeur, le caractère de l'activité de l'Etat, comme le caractère de tous les actes humains, est déterminé par son but; et, si l'on veut faire des actes étatiques, comme de tous les actes humains, une classification pratique et répondant à la réalité, il faut la faire au point de vue téléologique. Or il apparaît que l'Etat poursuit trois buts essentiels : 1° le maintien de son existence propre ; 2° le maintien du droit ; 3° la culture, c'est-à-dire le développement du bien-être public et de la civilisation matérielle, intellectuelle et morale. Au premier rang se place le but de droit; la création consciente du droit est la fonction principale et spécifique de l'Etat. Au but de droit, correspond la législation par laquelle l'Etat prend des décisions obligatoires, crée des règles de droit, c'est-à-dire formule des dispositions, qui élargissent ou restreignent le cercle d'action de l'individu; par ces dispositions, l'Etat ordonne, défend ou concède, trace le cercle d'action de ses organes et fixe en même temps les limites de son activité. En tant qu'il agit ainsi, l'Etat est un Etat de droit, un *Rechtsstaat*. Dans la création de l'ordre juridique ou législation, qui établit, mesure et limite l'activité de l'Etat et du particulier, apparaît clairement le caractère spécifique de l'Etat : la capacité de commander qui lui appartient exclusivement. Tout établissement conscient d'une règle de droit est une manifestation de la puis-

1. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 213-225, 1887; *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, p. 12 et suiv., 1893; *Allgemeine Staatslehre*, p. 555-572, 1900. — Cf. Ulbrich, *Der Rechtsbegriff der Verwaltung*, dans *Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht*, de Grünhut, t. IX, p. 1, 1881; — Stengel, *Begriff und System des Verwaltungsrechts*, dans *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, t. XXXVIII, p. 221, 1882; — Meyer, *Grundbegriffe, Wesen und Aufgabe der Verwaltungslehre*, dans *Handbuch der politischen Economie*, de Schomberg, t. III, p. 791, 3e édit. 1891; — Otto Mayer, *Verwaltungsrecht*, t. I, p. 10, 1896.

sance commandante de l'Etat (*Herrschaft*). Seul l'Etat peut établir une règle de droit, parce que seul il possède ce pouvoir de commander; et, par l'exercice de ce pouvoir, il réalise l'ordre de droit et acquiert les moyens intellectuels et économiques qu'il emploie dans les diverses directions de la vie collective.

De cette première fonction découle directement une seconde fonction, la juridiction, laquelle est cependant intrinsèquement différente de la législation. L'ordre de droit, créé par l'Etat, est une somme de commandements, qui sont établis avec une force motrice interne; cependant ils ne portent pas en eux-mêmes la garantie qu'ils seront observés; l'activité individuelle peut sortir du cercle tracé par la règle de droit; il peut naître des doutes sur la portée et les conséquences de la règle; il peut s'élever un conflit sur la mesure de l'obligation juridique. Si l'Etat se bornait à formuler une règle *abstraite*, il ne remplirait que tout à fait incomplètement son but de droit; il faut encore qu'il fixe d'une manière concrète les états de droit et de fait incertains; il faut qu'il détermine, dans chaque cas, la mesure du droit qui lui appartient de réprimer la violation de l'ordre juridique, dans le but de réparer le trouble causé par cette violation et d'en prévenir le retour. Tout cela constitue la fonction de juridiction. Par la législation et la juridiction, l'Etat réalise son but essentiel, le but de droit.

Quant aux deux autres buts de l'Etat, sa propre conservation et le développement de la culture, ils sont réalisés par une troisième fonction, l'administration. Cette forme d'activité, à la différence de la législation et de la juridiction, n'est pas propre à l'Etat; il la partage avec l'individu. Mais, pour réaliser ce double but de conservation et de culture, l'Etat a des moyens qui n'appartiennent qu'à lui et que ne possède point l'in-

dividu; l'Etat ne perd jamais son caractère de puissance commandante; il est et il reste toujours *Herrscher*. Ce pouvoir, qui n'appartient qu'à lui, lui permet, dans l'accomplissement de sa mission de conservation et de culture, de se procurer des prestations, de paralyser les actions perturbatrices, et cela par l'ordre et la défense, et aussi par l'exercice du pouvoir de contrainte. Cette activité administrative de l'Etat est infiniment variée et complexe : par elle l'Etat protège son existence, ses biens et ses intérêts; il assure le développement de la culture par une série indéfinie de manifestations de volonté, abstraites et concrètes. C'est l'administration (*Verwaltung*), dont le domaine est immense, qui domine et conditionne toutes les autres activités de l'Etat : elle comprend toutes les mesures prises contre les ennemis de l'extérieur, contre les causes de trouble à l'intérieur; elle assure le développement économique, moral et intellectuel du pays; elle organise, surveille et dirige une vaste hiérarchie de fonctionnaires; elle active l'œuvre des juridictions et assure l'exécution de leurs sentences. Tel est ainsi, déterminé par leur but, le domaine des trois fonctions étatiques : la législation et la juridiction qui correspondent au but de droit, l'administration qui correspond aux buts de conservation et de culture.

Au premier abord, cette doctrine ne laisse pas d'être séduisante, et, grâce au grand renom de Jellinek, elle fait sentir son influence immédiate sur beaucoup d'écrits français et étrangers[1] et même sur l'ensei-

1. V. notamment. Hauriou, *Droit administ.*, 4e édit., 1900; et *Répert. droit admin.*, v° Droit administratif; — Berthélemy, *Droit administratif*, p. 2 et suiv., 1900; — Artur, article cité, *Revue du droit public*, 1900, t. I, p. 233; — Orlando, *Principii di dirrito administrativo*, 1891; — Vachelli, *la Science de l'administration en tant que science autonome*, dans *Revue du droit public*, 1894, t. I, p. 599 (Résumé de l'article paru dans l'*Archivio juridico*, t. LII); — Longo, *le Droit administratif et*

gnement de nos facultés. Cependant elle nous paraît inacceptable. Nous lui reprochons surtout de ne pas poser la vraie question et par suite de ne la point résoudre. En effet la question n'est pas ici de savoir si l'Etat est un *Rechtsstaat*, un Etat chargé de créer le droit, ou s'il est aussi un *Culturstaat*, c'est-à-dire un Etat ayant pour mission d'assurer le progrès. Le problème n'est pas de déterminer ce que peut et doit faire l'Etat, mais de préciser comment il fait ce qu'il doit faire, de marquer les caractères des actes de volonté étatique par lesquels se réalise la mission qui incombe à l'Etat. Il faut supposer résolue la question du rôle qui appartient à l'Etat, déterminé le domaine dans l'intérieur duquel il peut se mouvoir[1], et, en considérant l'Etat intervenant dans les limites de ce domaine, rechercher comment l'Etat agit pour assurer l'accomplissement du rôle qui lui est imparti. En disant, l'Etat doit réaliser le droit, se conserver lui-même et assurer le progrès; en disant, pour réaliser le droit, il légifère et il juge; pour assurer sa conservation et le progrès, il administre, on ne fait pas faire un pas à la question. Admettons un moment qu'en effet l'Etat ait ces trois missions distinctes, de création du droit, de conservation, de progrès, cela n'explique point le caractère intrinsèque de la loi, de la juridiction et de l'administration. Or c'est précisément ce caractère interne qu'il faut déterminer. On n'aura résolu le problème que lorsqu'on aura montré que, suivant que la volonté étatique se manifeste par la loi, la juridiction ou l'administration, cette manifestation a en soi des caractères tout à fait différents et qu'il faut définir. Dire que l'Etat

la science de l'administration en Italie, dans *Revue du droit public*, 1894, t. II, p. 425; — Même revue, 1898, t. II, p. 359, compte rendu d'un article de Letelier, publié dans la revue espagnole l'*Administracion*.

1. V. *supra*, chap. IV, §§ 3-5.

poursuit des buts différents, ce n'est pas montrer les différences qui peuvent exister entre les diverses manifestations de sa volonté. D'autre part, est-il vrai que l'on doive ainsi séparer le but de droit et le but de culture? Nous ne le croyons point. On a essayé, plus haut, de montrer qu'en réalité le but de droit et le but de culture se confondent, que si l'Etat est obligé d'assurer le développement de la culture, de coopérer au progrès matériel, intellectuel et moral, c'est précisément parce qu'il est obligé de réaliser le droit, que la règle de droit impose aux gouvernants, comme à tous les individus, des obligations positives et négatives, qui se ramènent toutes à ces deux obligations générales : ne rien faire de contraire à la solidarité sociale et coopérer dans la mesure du possible à sa réalisation. Or, coopérer à la réalisation de la solidarité sociale, c'est précisément coopérer à la culture, travailler aux progrès de la civilisation, et c'est en même temps réaliser le droit, puisque d'une part en le faisant, on applique la règle de droit et que, d'autre part, le droit naît lui-même de cette solidarité sociale. De même le but de conservation, dont parle Jellinek, est essentiellement un but de solidarité, c'est-à-dire un but de droit. L'Etat, dans la pensée de l'auteur, est la société elle-même personnifiée. Or on a établi que l'élément vital de toute société était la solidarité. Dire que l'Etat doit assurer sa conservation, c'est encore dire qu'il doit coopérer à la solidarité sociale et, par conséquent, au droit qui naît de cette solidarité[1]. L'Etat n'a donc véritablement qu'une seule et unique mission : assurer la solidarité sociale. Cette mission lui est imposée par la règle de droit, et, en l'accomplissant, il travaille à la réalisation du droit. L'Etat n'a qu'un seul et unique but :

1. V. *supra*, chap. I, II et IV.

le droit. Si on veut, comme Jellinek, déterminer les différentes fonctions de l'Etat par les buts qui s'imposent à lui, on arrive à cette conséquence que l'Etat, n'ayant qu'un seul but qui les comprend tous, n'a qu'une seule fonction qui les comprend toutes : la gestion du droit, traduction du mot allemand très exact et très commode : *Rechtspflege*.

D'ailleurs Hænel a très judicieusement réfuté le système de Jellinek. Il fait observer tout d'abord que, si l'auteur avait été logique, il aurait établi, correspondant exactement aux trois buts de l'Etat, la conservation, la culture et le droit, trois fonctions distinctes, la gestion de l'Etat, la gestion de la culture et la gestion du droit. Au contraire deux modes d'action, la législation et la juridiction répondent à la gestion du droit, et un seul mode d'action, l'administration, répond à la culture et à la conservation de l'Etat. De deux choses l'une : ou la distinction des buts de l'Etat doit déterminer les diverses fonctions de l'Etat, et alors il doit y avoir autant de fonctions distinctes qu'il y a de buts ; ou cette conception des buts est indifférente, et alors il est inutile d'en parler, quand on veut rechercher quelles sont les divers modes d'action de l'Etat. Aussi très justement Hænel reproche-t-il à Jellinek un défaut de logique complet[1].

D'autre part, puisque Jellinek reconnaît lui-même que le cercle d'action de l'Etat est déterminé par le droit, créé par la législation, cette détermination législative ne peut être faite qu'en vue de la mission qui incombe à l'Etat, de telle sorte que, si le but immédiat de la législation est de déterminer le cercle d'action de l'Etat, son but dernier est de permettre à l'Etat d'accom-

1. Hænel, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, dans *Studien*, t. II, p. 246, 1888.

plir ses diverses missions, sa mission de conservation et sa mission de culture. La législation est le moyen suprême que l'Etat emploie pour accomplir sa mission de conservation et de culture ; et la plupart des lois, sinon toutes, sont faites précisément en vue d'assurer la conservation de l'Etat et le développement de la culture. Si la théorie de Jellinek était vraie, elle conduirait logiquement à faire rentrer dans l'administration la plupart des dispositions législatives. Ainsi ne seraient certainement pas des lois, mais de simples actes d'administration, les règles établies par l'Etat en vue de l'organisation diplomatique et militaire, toutes les règles relatives à la police intérieure du pays, toutes les dispositions relatives aux questions économiques et financières, organisation et protection du travail, assistance publique, retraites ouvrières, etc. En un mot, la majeure partie de la législation moderne cesserait d'avoir le caractère législatif pour devenir de l'administration[1]. Or cette conséquence est absolument inadmissible. Il est certain que c'est précisément par la législation même que l'Etat moderne accomplit avant tout sa double mission de conservation et de culture.

Il y a plus : la juridiction elle-même participe au but de conservation et de culture. Quand la juridiction réprime les infractions attentatoires à la sûreté de l'Etat ou des particuliers, quand même elle statue sur les intérêts patrimoniaux des particuliers, quand enfin elle résoud des questions contentieuses administratives, elle collabore, elle aussi, au double but de conservation et de culture. Sans doute, on peut soutenir, et nous sommes disposé à l'admettre, que dans la juridiction dite pénale il y a plutôt administration que juridiction[2].

1. Cf. cependant Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 230.
2. V. chap. VI, § 2.

Mais, lorsque la juridiction intervient pour constater, au cas de contestation, l'existence et l'étendue d'une situation juridique subjective et pour en assurer la réalisation, il y a bien incontestablement juridiction; et cependant, dans ce rôle, la juridiction participe certainement à la conservation de l'Etat et au développement de la culture. La conservation de l'Etat n'est-elle pas intéressée au premier chef à ce que les droits subjectifs soient reconnus et garantis. La violation de ces droits ne serait-elle pas une atteinte profonde à la culture générale du pays? A l'inverse, Jellinek admet, en y insistant même, que l'administration donne l'impulsion à la juridiction, la surveille et assure l'exécution de ses décisions. L'administration, dit-il, inspire et complète l'œuvre de la juridiction. Dès lors certainement l'administration concourt directement, elle aussi, à l'accomplissement du but de droit, à la gestion du droit, tout autant que la législation et la juridiction.

Par conséquent, si l'on admet cette distinction des trois buts s'imposant à l'Etat, le droit, la conservation et la culture, on constate incontestablement que l'Etat accomplit sa triple mission à la fois au moyen de la législation, de la juridiction et de l'administration. Chacune d'elles est impuissante à assurer l'accomplissement de celle des missions que l'on prétend lui correspondre; c'est par le concours incessant et indispensable de la législation, de la juridiction et de l'administration, que l'Etat crée le droit, en assure le respect, conserve son être et stimule le progrès. Et Hænel a parfaitement raison de dire que Jellinek se fait une illusion complète en pensant qu'il a fondé sur la distinction des buts étatiques la distinction des fonctions; il ajoute, non moins justement, qu'au fond la division proposée par Jellinek se ramène à une disctinction purement formelle de la législation, de l'administration et de la

juridiction, puisque l'auteur ne pourra point refuser le caractère de loi à des dispositions votées en la forme législative, et touchant par exemple à l'organisation militaire, à la protection du travail, et inspirées par conséquent par un but de conservation ou de culture[1]. Dans *Allgemeine Staatslehre* (p. 230), Jellinek, en effet, est bien obligé d'admettre que les lois sur la protection du travail sont des lois véritables, au sens matériel ; et cela ruine sa théorie.

IV

L'insuffisance des doctrines, qui distinguent les diverses fonctions juridiques de l'Etat, en les rattachant aux trois buts différents qui s'imposent l'Etat, a été comprise par beaucoup de bons esprits. Dès lors, tout en repoussant les conceptions purement formalistes, ils ont cherché à fonder sur un autre élément la distinction de la législation, de l'administration et de la juridiction. On a essayé de déterminer la nature différente des actes législatifs, juridictionnels et administratifs, par les caractères de l'opération psychologique qu'implique chacun de ces actes. L'idée générale de la doctrine est celle-ci : l'activité de l'Etat se produit et se manifeste à l'extérieur comme toute activité consciente et suivant les mêmes lois psychologiques. Or, dit-on, toute manifestation active comprend d'abord un jugement au sens logique, c'est-à-dire l'affirmation d'une perception, l'affirmation que tel attribut convient

1. Hænel, *loc. cit*, p. 262.

à tel sujet; puis un acte de volition déterminé par le motif apprécié dans le jugement préalable; et enfin l'action proprement dite, qui est la manifestation externe de la volition interne. Ou, sous une autre forme, dans toute manifestation d'une activité consciente, il y a d'abord une appréciation des motifs, qui est une opération intellectuelle proprement et exclusivement; il y a un acte de volition dont le processus reste interne; et enfin il y a l'action, qui est la manifestation extérieure de la volonté subjective[1]. Pour l'Etat, dit-on, il en est absolument de même. Soit que l'on considère l'Etat comme un organisme collectif conscient, soit qu'on y voie une personnalité consciente sans le support d'un organisme, soit enfin que l'Etat, comme nous le croyons, ne soit que l'individu ou les individus plus forts que les autres, ne soit en un mot qu'une volonté individuelle, son activité ne peut se manifester que conformément aux lois psychologiques de toute activité consciente. L'Etat pense, apprécie les motifs, juge au sens logique du mot; l'Etat veut et agit. La pensée de l'Etat, la détermination des motifs, le jugement au sens logique du mot, c'est la législation et la juridiction qui ne sont que des opérations intellectuelles; la volonté et l'action de l'Etat, c'est l'administration.

Le promoteur de cette doctrine est Lorenz Stein[2], dont l'œuvre juridique, aujourd'hui vieillie, a eu une haute autorité, une influence notable. Le célèbre auteur prend pour point de départ l'idée de la personnalité autonome et organique de l'Etat. L'Etat a un moi qui pense et qui s'auto-détermine. Cette pensée et cette auto-détermination sont des actes internes du moi étatique.

1. Cf. Fonsegrives, *Essai sur le libre arbitre*, 2e édit., 1896; — Blondel, *l'Action*, 1894.

2. Lorenz Stein, *Die Verwaltungslehre*, 1860-1866, 2e édit. du t. I, 1869, particulièrement p. 3-34.

Cette auto-détermination, en tant qu'elle apparaît dans le moi étatique, est la volonté de l'Etat. Mais l'Etat s'avance avec le contenu de cette volonté dans le monde extérieur et réalise lui-même la volonté par l'action : ainsi l'auto-détermination devient acte et par là s'assujettit le monde extérieur. Le moi de l'Etat est le souverain, le support de la personnalité organique et autonome de l'Etat, quelle que soit sa forme. L'acte par lequel l'Etat détermine les motifs qui le font agir, juge au sens logique, c'est la législation. La volonté de l'Etat tendant à s'extérioriser et pouvant s'imposer même par la force, c'est l'exécution. Enfin, la volonté de l'Etat, déterminée par les motifs précisés dans la législation, s'imposant en fait par la force, s'il y a lieu, c'est l'action de l'Etat, l'administration. Ainsi l'exécution enveloppe et domine toute l'administration ; elle en est en quelque sorte le ressort moteur ; et l'administration, recevant son impulsion de l'exécution, est l'activité organique de l'Etat s'exerçant dans le monde des choses réelles. L'essence de l'administration consiste en ce que par elle, la pensée de l'Etat, exprimée dans la loi, ayant par l'exécution le pouvoir externe de s'imposer, arrive en fait à la réalisation dans les rapports objectifs de la vie de l'Etat. L'administration est ainsi toute l'action de l'Etat et comprend même la gestion du droit (*Rechtspflege*). Le droit est la délimitation des cercles d'activités respectives de l'Etat et des individus. L'Etat peut seul réaliser le droit ; et, pour réaliser le droit comme pour assurer le développement intellectuel et économique du pays, l'activité étatique s'analyse en deux éléments, une détermination de motifs qui est la loi, une volonté qui tend à s'extérioriser, qui peut s'extérioriser, et qui en fait agit à l'extérieur, c'est l'exécution et l'administration.

Nous ne discuterons pas en détail la théorie de Stein, qui est aujourd'hui un peu oubliée, et nous nous bornerons à quelques observations. Sous une forme métaphysique, la doctrine de Stein équivaut à une conception, qui a eu en France un grand crédit, qui est peut-être celle du droit positif français[1], et d'après laquelle on n'admet que deux fonctions de l'Etat, la fonction législative et la fonction exécutive; l'Etat fait la loi et en assure l'exécution; mais, dans la conception française, on ajoute que l'exécution se manifeste en deux formes bien distinctes, la juridiction et l'administration, et que, si l'administration et la juridiction tendent l'une et l'autre à réaliser l'exécution des lois, cependant elles sont séparées par des caractères internes. « La fonction exécutive exercée par l'administrateur et la fonction exécutive exercée par le juge ne sont pas la même fonction[2]. » Nous le croyons aussi, et nous avons déjà montré les caractères internes, essentiellement différents, de l'administration et de la juridiction[3]. S'il en est ainsi, il n'y a pas d'intérêt à parler d'exécution; et ce ne sont pas deux fonctions qu'il faut attribuer à l'Etat, mais trois, la législation, la juridiction et l'administration. Stein, par conséquent, a tort de n'indiquer que la législation et l'exécution, et donne une portée beaucoup trop large à l'administration, quand il y voit l'exécution passant de la puissance à l'acte, soit pour réaliser le droit, soit pour gérer les intérêts économiques ou intellectuels de la collectivité. De plus Stein est aussi certainement dans l'erreur, quand il enseigne que l'acte législatif n'est pas véritablement un acte de volonté, mais simplement une appréciation de motifs,

1. Cf. Ducroq, *Droit administratif*, t. I, p. 22 et suiv., 6e édit., 1897.
2. Artur, *Séparation des pouvoirs et des fonctions*, dans *Revue du droit public*, 1900, t. I, p. 241.
3. V. *supra*, chap. VI, § 1.

une opération exclusive de l'esprit. On reviendra sur ce point; mais, dès à présent, il faut affirmer qu'il y a dans la loi un acte de volonté étatique, de même que dans la juridiction et l'administration, et un acte de volonté, qui se manifeste à l'extérieur, un *agir* de l'Etat. Nous ne disons pas qu'il y ait dans la loi forcément un ordre, mais une manifestation de volonté; à cette condition seulement la loi positive peut avoir une valeur sociale et juridique. En faisant la loi, l'Etat constate que telle règle est règle de droit et veut que cette règle soit appliquée comme telle; il ne lui donne pas le caractère de règle de droit; mais il veut qu'elle soit connue de tous et appliquée par tous en tant que règle le droit. De plus, la doctrine de Stein nous paraît encore dominée à l'insu de son auteur et bien qu'il la repousse par la célèbre et néfaste théorie de la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. On part de cette séparation; on construit artificiellement une théorie des fonctions de l'Etat, susceptible de s'y adapter; et, malgré tout, on est ramené à la conception formaliste. La condition pour établir une théorie solide des fonctions étatiques est de faire abstraction complète, comme nous nous y efforçons, de l'organisation de l'Etat et de la structure de ses divers organes. Enfin Stein fait au droit une place beaucoup trop étroite; il ne voit dans la gestion du droit qu'une mission que l'Etat accomplit comme les autres missions par la législation, par l'exécution et l'administration, quand au contraire le droit est supérieur à l'Etat, à l'individu, et fixe le rôle de l'Etat, qui doit accomplir ses diverses missions parce que le droit les lui impose et dans la mesure et suivant les procédés déterminés par le droit.

La théorie psychologique des fonctions de l'Etat a été exposée par Laband, avec une netteté, une précision

qui, au premier abord, la rendent très séduisante. D'ailleurs beaucoup d'observations de Laband sont très exactes, et il importe de dégager la vérité de ce qui nous paraît erroné[1].

D'après le savant professeur, l'essence de la législation consiste dans l'établissement d'une règle de droit obligatoire, d'une règle de droit abstraite. La loi, dit-il, est un jugement au sens logique du mot, c'est-à-dire une pure opération de l'esprit, qui affirme que tel attribut appartient au sujet. L'Etat constate que telle chose est le droit, que le caractère juridique (attribut) convient à telle règle (sujet); il y a une opération intellectuelle et non point à vrai dire une volition, un acte de volonté. Cependant, dans certains passages, Laband paraît obligé de reconnaître que la législation n'est pas une simple opération intellectuelle, qu'il y a aussi une certaine participation de la volonté, que l'Etat ne se contente pas d'affirmer que telle chose est le droit, mais veut aussi que telle chose soit le droit, que telle règle soit appliquée comme règle de droit. Il nous semble y avoir à cet égard quelque flottement dans la pensée de l'auteur. Dans tous les cas, ce qui caractérise la loi d'après Laband, c'est que cette volonté de l'Etat, si elle existe, ne se manifeste pas à l'extérieur; la loi est un jugement au sens logique, une opération intellectuelle, peut être une volition; certainement, elle n'est point une manifestation externe de la volonté étatique, une action. Mais à quoi reconnaît-on la règle de droit ? Laband répond : ce n'est point, contrairement à ce que pensent beaucoup d'écrivains[2], au caractère de généralité de la prescription, à ce fait que la prescription ne vise pas un ou plusieurs cas que l'on

1. Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 640 et suiv., 3e édit., 1895.

2. Nous essaierons d'établir au chapitre suivant que la généralité est un caractère essentiel de la loi positive. V. chap. VII, §§ 1-2.

peut prévoir et compter d'avance, mais une série indéterminée de cas. Ce qui prouve que tel n'est point le caractère de la loi au sens matériel, c'est qu'il y a beaucoup de prescriptions qui, d'un avis unanime, ne sont pas des lois, mais de simples actes d'administration, et qui cependant statuent par voie générale, visent une série indéterminée de cas, par exemple les prescriptions de service adressées par un fonctionnaire supérieur à ses subordonnés. Le vrai critérium de la règle de droit consiste en ce que une prescription de l'Etat a pour résultat de limiter la possibilité d'agir des particuliers ou d'étendre cette possibilité d'agir. L'ordre de droit (*Rechtsordnung*) est une puissance sur les particuliers. L'ordre de droit intervient seulement en tant que la volonté du sujet est limitée ou étendue vis-à-vis d'une volonté étrangère par un ordre, une défense, une autorisation. Mais, si l'Etat n'établit que des prescriptions s'appliquant à l'intérieur de son organisme, « de son apparat », qui ne réfléchissent pas sur les sujets, il ne peut pas y avoir de règle de droit, il ne peut pas y avoir de loi au sens matériel. Un particulier, dit Laband, peut bien se fixer à lui-même une règle de conduite, mais il ne peut pas se créer pour lui-même une règle de droit. Il en est de même de l'Etat : si celui-ci établit des règles qui ne s'appliquent qu'à ses fonctionnaires, qui se restreignent à l'intérieur de l'organisme étatique, qui en aucun sens ne réfléchissent sur les sujets, qui ne leur concèdent ou ne leur enlèvent rien, il n'y a pas de règle de droit, il n'y a pas de loi au sens matériel, il y a simplement un acte administratif. Par exemple, les prescriptions de service, l'organisation intérieure des services publics et même des juridictions, ne constituent pas des lois au sens matériel, alors même que l'autorité statue par voie générale ; il n'y a là que des actes administratifs. Les prescriptions peuvent

bien intéresser les particulièrs, mais elles ne touchent pas leur sphère juridique; elles ne sont pas des lois matérielles. Si elles émanaient du parlement, elles resteraient actes administratifs et seraient des lois formelles[1].

On reviendra plus loin sur cette notion de la règle de droit et de la loi au sens matériel[2]. Mais on doit immédiatement faire observer combien ce critérium est incertain, combien il est difficile de savoir si une prescription de l'Etat n'a d'effet que dans l'intérieur de l'organisme étatique ou au contraire réfléchit sur les sujets. C'est, dira-t-on, une question d'interprétation en fait de la disposition étatique; mais il faut un principe d'interprétation, et on le cherche en vain. Laband lui-même est obligé de reconnaître combien le critérium est hasardeux : pour certaines prescriptions, dit-il, on a autant de raisons de leur attribuer l'un ou l'autre caractère; et, si elles émanent du parlement, on doit présumer qu'elles constituent alors véritablement une règle de droit. Hænel a pleinement le droit de dire que Laband fait là une concession aux doctrines formalistes, qui est bien près de ruiner toute sa théorie[3]. Ajoutons que cette définition de la loi au sens matériel conduit logiquement à cette conséquence inacceptable que les lois dites constitutionnelles ou organiques ne seraient pas des lois au sens matériel. Par exemple, les lois qui déterminent l'organisation intérieure du parlement, les rapports du chef de l'Etat et du parlement, limitent leur action à l'intérieur de l'organisme étatique : on ne peut dire à aucun point de vue qu'elles restreignent ou élargissent la sphère juridique des par-

1. Cf. Rosin, *Polizeiverordnungen*, p. 19 et suiv., 1890.
2. V. *infra*, chap. VII, §§ 1 et 2.
3. Hænel, *Das Gesetz im materiellen und formellen Sinne*, dans *Studien* t. II, p. 175, 1888.

ticuliers; elles ne seraient donc pas des lois au sens matériel. C'est impossible, et cela condamne la théorie de Laband.

Quoi qu'il en soit, d'après l'auteur, la loi est la formule d'une règle de droit, établie par une pure opération de l'esprit; la loi est un jugement au sens logique du mot. S'il y a une volition, elle ne dépasse pas le processus interne ; dans la loi, il n'y a pas *action* de la part de l'Etat. L'acte de juridiction présente en partie les mêmes caractères : c'est une opération de l'intelligence, un jugement au sens logique, ce n'est pas un acte de volonté. L'essence de la juridiction consiste en effet dans l'établissement avec force obligatoire d'un rapport de droit concret, dans la reconnaissance, le refus, la fixation d'un droit, et aussi dans la formule d'une règle de droit concrète. Précisant sa pensée, Laband ajoute : « La décision juridictionnelle consiste dans l'adaptation d'une situation donnée au droit existant : c'est une opération logique, indépendante de la volonté ; elle se résoud en un syllogisme dont la majeure est la règle de droit législative, la mineure, la constatation de l'espèce concrète soumise au juge, et la conclusion, la décision du juge[1]. » Le juge peut avoir un pouvoir très grand d'appréciation ; le juge peut se tromper relativement à la règle de droit et aux conséquences qui en résultent, relativement aux faits qui lui sont soumis ; deux juges peuvent même, dans des espèces identiques, donner des solutions différentes ; mais, si le juge procède régulièrement, il ne peut pas résoudre le même cas différemment suivant son bon plaisir ; il ne fait pas acte de volonté ; il ne peut pas mettre sa volonté à la place de l'opération logique, qui est dominée par une majeure et par une mineure, suivant les lois de la pensée

1. Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 646, 3e édit., 1895.

humaine. Le juge n'a pas à exprimer sa volonté, mais à constater le droit objectif dans chaque espèce; c'est la *viva vox legis;* il ne crée pas une règle; il prend celle qui lui est donnée par une puissance supérieure. Il en est toujours ainsi dans l'acte de juridiction, quel que soit d'ailleurs l'organe étatique qui fasse cet acte.

Mais par la législation, par la juridiction, ainsi comprises, dit Laband, les fonctions, qui incombent à l'Etat, ne sont point réalisées. Ce sont des affirmations, des jugements au sens logique, mais non pas des actions, des manifestations externes de la volonté étatique. Ces affirmations, ces jugements logiques sont en soi sans effet à l'extérieur. Un Etat, qui ne ferait rien de plus que donner des lois et formuler des sentences juridictionnelles, tomberait aussitôt en dissolution. L'Etat ne peut accomplir la mission qui lui appartient que par des actes proprement dits, produisant un effet externe. De même l'individu réalise son but individuel, non pas seulement par la pensée, non pas même par des volitions internes, mais par l'action. Les lois doivent être exécutées; les décisions juridictionnelles doivent être exécutées; par suite, à côté de la législation et de la juridiction, il y a l'exécution; à côté de la pensée de l'Etat, il y a l'action de l'Etat, c'est l'administration. Celle-ci est l'*agir* de l'Etat, considéré comme personne capable d'agir. De même que le mot action s'applique à la force physique de l'homme se manifestant à l'extérieur, de même l'administration de l'Etat (*Verwaltung*) est la mise en mouvement de sa force, de sa capacité d'agir. L'administration comprend tout ce que fait l'Etat. L'Etat administre, seulement quand il agit: il n'agit point et par conséquent n'administre point, quand il établit ou quand il dit le droit. Il faut d'ailleurs, d'après Laband, prendre le mot action avec une portée large; il faut entendre par action non seulement les

actes qui entraînent directement et par eux-mêmes certaines conséquences externes, mais encore les décisions qui provoquent une série d'actes proprement dits, ayant en eux des conséquences externes ; il faut entendre par action toute décision, qui est le point de départ d'un processus administratif ; et cette décision initiale, motrice, est certainement un acte administratif. Par exemple, la décision portant déclaration d'utilité publique est un acte administratif, parce qu'elle est la cause initiale de toute une série d'opérations administratives.

Ainsi, dans la conception de Laband, l'acte administratif est la réalisation d'un résultat voulu. Sans doute la règle de droit, établie par la loi, peut fixer des restrictions à la liberté d'action de l'administrateur ; elle peut même déterminer positivement les causes de l'acte ; l'acte administratif peut même être fait sur un ordre législatif; mais dans ce cas (et c'est la différence entre la juridiction et l'administration), l'acte administratif n'est pas avec la loi dans le rapport d'une conclusion avec ses prémisses, il est dans le rapport d'un acte avec ses motifs. Tout but que doit poursuivre l'Etat peut agir comme motif des actes administratifs ; de même peut agir comme motif l'exécution d'une règle de droit formulée par l'Etat. Mais les motifs d'action peuvent exister en dehors de tout ordre de droit ; il en est ainsi par exemple pour tous les actes d'administration diplomatique. Sans doute en fait, dans certaines matières, la liberté de l'administrateur peut être très limitée, par exemple en matière financière ; mais ce n'est pas alors une limitation logique ; l'administrateur conserve sa liberté d'appréciation. La soumission logique à une règle est de la nature de l'acte de juridiction ; la liberté d'appréciation est de la nature de l'acte d'administration. Dans l'administration, le pouvoir concédé par la règle

de droit est employé comme moyen pour atteindre un résultat donné. Il est bien entendu que tout acte qui présente les caractères déterminés est et reste un acte administratif, au sens matériel, quel que soit l'organe qui l'accomplit ; s'il émane du parlement, on aura une loi au sens formel, et non une loi au sens matériel.

Telle est cette théorie très ingénieuse, qui prétend déterminer les caractères distinctifs de la législation, de l'administration et de la juridiction, d'après la nature de l'opération psychologique qu'elles impliquent. Il y a sans doute une grande part de vérité dans l'analyse qu'on vient de résumer d'après Laband ; mais il y a en même temps bien des propositions erronées.

D'abord l'analyse que fait Laband du rôle psychologique de l'Etat législateur et de l'Etat juge est exacte, en partie du moins. Il est vrai que, lorsque l'Etat fait la loi, il formule un jugement au sens logique du mot ; il affirme que le caractère de règle de droit convient à la prescription qu'il édicte ; il est juste aussi de dire que, dans toute décision juridictionnelle, il y a, de la part du juge, une opération intellectuelle qui se résoud en un syllogisme. Tout cela est parfaitement observé et très exact. Mais ce qui est aussi vrai, c'est qu'on aperçoit la même opération psychologique, le même jugement au sens logique du mot, dans tout acte d'administration, même en comprenant l'administration avec le caractère compréhensif que lui attribue Laband. Dans tout acte d'administration, il y a aussi, le précédant et indispensable pour son accomplissement, un jugement logique de la part de l'Etat administrateur : tout acte d'administration implique, en effet, au préalable, cette affirmation de l'administrateur que la décision prise convient à la situation dans laquelle on se trouve. Qu'une très grande liberté d'appréciation soit laissée à l'administrateur, nous l'accordons. Mais cela ne fait point que

l'administrateur ne soit pas obligé, avant de prendre telle ou telle décision, d'affirmer que cette décision est adéquate à l'espèce en vue; et cette affirmation est précisément un jugement au sens logique. Admettons (ce qui nous paraît d'ailleurs contestable)[1], que l'administrateur dans certains cas agisse et puisse agir en dehors de toute loi, par exemple dans la fonction diplomatique, la police générale. Il faut bien qu'en ces matières, ou toutes autres analogues, l'acte administratif soit précédé de ce jugement logique : l'administrateur juge que telle décision répond à la situation en présence de laquelle il se trouve. Ce n'est pas tout. Il est des cas très nombreux (et à notre avis il doit en être toujours ainsi) où l'administrateur ne peut agir que dans les limites qui lui sont tracées par une règle législative. Sans doute, très souvent cette règle laisse à l'administrateur la faculté d'agir ou de ne pas agir. Par exemple les lois, donnant à tel administrateur des pouvoirs de police, lui laissent le soin d'apprécier dans quels cas et dans quelles mesures il doit user de ces pouvoirs ; mais néanmoins toute mesure de police, prise par l'administrateur, doit être nécessairement précédée d'un jugement logique, constatant que la mesure est opportune. Quelque large qu'on suppose donc le pouvoir d'appréciation de l'administrateur, on retrouve le jugement logique dans l'acte d'administration, aussi bien que dans la loi et dans la juridiction. La doctrine dite psychologique a le tort de vouloir séparer des choses inséparables, la conception et l'action ; s'il y a action dans l'administration, il y a aussi conception ; l'action ne va pas sans une conception qui la précède. Définir l'administration l'*agir* de l'Etat, c'est donner une définition inexacte ou du

1. Il nous paraît difficile de faire rentrer simplement la fonction diplomatique dans l'administration. Ne doit-on pas y voir plutôt une fonction spéciale de l'Etat moderne

moins incomplète, car l'administration est aussi la pensée de l'Etat ; de même, définir la loi et la juridiction la pensée de l'Etat, ce n'est pas tout dire, car, on le montrera plus loin, l'action étatique apparaît aussi dans la loi et la juridiction.

Il y a plus. Il arrive souvent que la loi ne laisse à l'administrateur aucune liberté d'appréciation des faits. Quand telles et telles conditions de droit sont remplies, l'administrateur doit faire tel acte, ne peut faire que cet acte ; et en le faisant, il est lié par la loi aussi bien que le juge ; la décision qu'il prend se ramène à un syllogisme dans les mêmes termes que la décision du juge, un syllogisme dont la règle législative est la majeure, l'espèce en question la mineure, et la décision administrative la conclusion. La décision de l'administrateur est alors avec la règle législative parfaitement dans le rapport d'une conclusion avec ses prémisses. Pour emprunter un exemple au droit français, le préfet qui rend exécutoire le rôle des contributions directes, établi conformément à la loi, constate qu'il est établi conformément à la loi et que la situation de chaque contribuable rentre dans la règle législative ; il formule bien au premier chef un jugement au sens logique. Si l'acte est administratif et non juridictionnel, c'est simplement parce qu'il crée pour les contribuables une situation juridique subjective. Dans cette hypothèse et dans toutes autres semblables, « l'acte administratif, dit très justement Hænel, se fait sur la base d'une opération logique, de la soumission d'un état de fait concret à une règle de droit supérieure, de laquelle l'accomplissement de l'acte administratif découle avec la même nécessité que l'accomplissement de l'acte de juridiction [1]. » Laband a bien compris l'objection et a essayé

1. Hænel, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, dans *Studien*, t. II, p. 177, 1888.

d'y répondre. Il dit d'abord que les cas où l'administrateur est ainsi lié par la loi sont exceptionnels. Nous répondons que, s'il y a là une exception, elle prouve en tout cas que la formule d'un jugement au sens logique ne répugne pas en soi au caractère essentiel de l'acte administratif; le critérium, proposé pour la distinction de l'administration, de la juridiction et de la loi, n'est donc pas un critérium général toujours vrai. Laband dit encore : si on va au fond des choses, on voit que, même dans les hypothèses où l'administrateur est lié par la loi, la décision est alors avec la loi dans le rapport d'une décision avec ses motifs, et non pas d'une conclusion avec ses prémisses. Nous répondons : la loi qui lie l'administrateur est le motif déterminant de la décision, c'est incontestable; mais il en est absolument de même de la loi qui lie le juge; pour lui aussi la loi est le motif déterminant de sa décision. En réalité, pour l'administrateur lié par une loi et pour le juge, la situation est identiquement la même : la décision de l'administrateur comme celle du juge est, d'une part, déterminée par la loi agissant comme motif, et, d'autre part, elle est la conclusion logique de la loi considérée comme la prémisse d'un raisonnement syllogistique. Comme Hænel, nous pensons qu'il est impossible, à ce point de vue, de marquer une différence réelle entre l'administration et la juridiction. Seul est vrai le critérium formulé au paragraphe 1 de ce chapitre : l'acte administratif crée une situation juridique subjective, l'acte juridictionnel constate une situation juridique subjective.

A un autre point de vue, le critérium proposé par Laband est encore tout à fait inexact. Contrairement à cette doctrine, l'Etat agit dans la législation et la juridiction tout aussi bien que dans l'administration; la législation, la juridiction sont aussi l'*agir* de l'Etat. On

a déjà fait observer que Laband est bien obligé de reconnaître qu'il n'y a pas seulement dans la loi une opération de l'intelligence, mais aussi une volition; pour la juridiction, il le dit moins expressément, mais il le reconnaît implicitement. Seulement, dit-il, les volitions, qu'impliquent la législation et la juridiction, ne dépassent pas le processus interne, ne se manifestent pas à l'extérieur; elles sont sans effet sur le monde externe. Dans la loi et la juridiction, la volonté étatique reste en puissance, à l'état potentiel; elle ne passe à l'état dynamique, elle ne devient action que par l'administration; seul l'acte administratif constitue une action. Cela est inexact : la législation, la juridiction, l'administration sont au même degré l'*action* de l'Etat, et c'est pour cela même qu'elles intéressent le droit et le juriste. A tout prendre, la science du droit n'est autre chose que la science des rapports de volonté, et ces rapports de volonté n'apparaissent que lorsqu'une volonté se manifeste à l'extérieur par l'action. Or, que peut-on entendre par l'action de l'Etat? Un acte physique et purement matériel? Non; ou du moins pas seulement cela. Le gendarme qui arrête un malfaiteur, l'agent de police qui assure la circulation sur les voies publiques, l'huissier qui saisit matériellement les biens d'un débiteur, l'ingénieur qui construit un pont ou une route, l'employé des postes qui transmet une lettre, le professeur qui fait un cours, etc... accomplissent assurément des actions; et on peut dire, nous l'accordons, que ce sont là des actions de l'Etat[1]; mettons même que ce sont des actions administratives, et que l'administration, en

1. Cf. cependant, Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 233, qui voit dans des actes de cette nature non une activité proprement étatique, mais une activité individuelle, ordonnée et organisée par l'Etat. Cette idée nous paraît difficilement conciliable avec l'indivisibilite de l'Etat et de ses organes, si souvent affirmée par l'auteur.

un sens général comprenant toutes les opérations de ce genre accomplies au nom de l'Etat, est essentiellement l'action étatique. Sans doute, à notre avis, ces divers actes et tous actes analogues n'ont aucun caractère juridique, ne sont pas plus des actes administratifs que des actes législatifs ou juridictionnels, mais de simples faits physiques, soumis aux lois du monde physique, et pouvant seulement former en fait la condition d'application d'une règle objective ou de la naissance d'une situation juridique subjective[1]. Mais peu importe. On concédera certainement sans difficulté que l'action de l'Etat ne peut pas être seulement cela, qu'elle est surtout autre chose, Laband le reconnaît lui-même; il dit en effet : « L'action étatique doit s'entendre non seulement des actes, qui réalisent immédiatement en fait un certain résultat, mais aussi des actes qui provoquent ces actes... Les actions étatiques sont habituellement des opérations qui peuvent consister en une série d'actes particuliers... Le point difficile est dans l'initiative par laquelle tout le reste a lieu... L'action étatique peut se réaliser par une longue série d'ordres...[2] » Donc, d'après Laband lui-même, l'action étatique est avant tout l'ordre de l'Etat, se faisant connaître à l'extérieur, ayant la possibilité de se réaliser, et constituant par conséquent le point initial, la cause motrice de toute une série d'actes matériels. Or l'action ainsi comprise est certainement dans la loi et dans la juridiction tout autant que dans l'administration.

Dans la loi d'abord. Nous aurons à rechercher plus loin si la loi contient nécessairement un ordre adressé par les gouvernants aux gouvernés[3], et, sur ce point, nous aurons des distinctions délicates à faire. Mais à peu

1. V. *supra*, chap. III, § 7.
2. Laband, *Staatsrecth*, t. I, p. 644, 3e édit., 1895.
3. V. *infra*, chap. VII, § 3-5.

près unanimement, on admet que toute loi contient un ordre de l'Etat, et mieux que quiconque Laband met en relief ce caractère impératif de la loi ; personne n'a insisté plus que lui sur le commandement qui se trouve dans toute loi; à plusieurs reprises, il affirme que la loi repose sur le droit de puissance de l'Etat (*Herrschaft*), que la nature essentielle de la loi est de contenir des commandements. « Pour la notion de loi, dit-il, la sanction de la loi, l'établissement de la loi avec force obligatoire est le point capital[1]. » D'après cette conception, la loi contient donc un ordre qui sera le point initial, la cause motrice de toute une série d'actes matériels ; la loi sera donc une *action* au même titre que l'acte administratif, et, comme le dit Hænel, réfutant la doctrine de Laband : « L'ordre législatif promulgué n'est rien autre chose que le mouvement psychophysique engendré par la volonté (de l'Etat), qui réalise une action psychique déterminée sur ceux qu'elle vise...[2] » Voulant montrer en quoi consiste l'action administrative, Laband cite l'exemple de la décision qui déclare l'utilité publique d'un chemin de fer; il y a là, dit-il, action de l'Etat ; il y a un acte administratif, parce que cette déclaration d'utilité publique est l'ordre initial, d'où vont découler toute une série d'ordres et d'opérations, arrivant peu à peu à la réalisation du résultat voulu. Sans aucun doute. Mais il en sera évidemment exactement de même des décisions étatiques, qui établissent un impôt, prévoient et punissent une infraction, etc... Ces décisions sont incontestablement des lois au sens matériel ; et ces décisions constituent assurément l'ordre initial, d'où dérivent tous les ordres secondaires, toutes les opéra-

1. Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. [illegible]88.
2. Hænel, *Das Gesetz im materiellen und formellen Sinne*, dans *Studien*, t. II, p. 177, 1888.

tions, qui arriveront progressivement au résultat voulu. Si, dans la déclaration d'utilité publique, il y a action de l'Etat ; pour la même raison, il y a aussi action de l'Etat dans les décisions législatives indiquées comme exemple. La législation est donc l'*agir* de l'Etat aussi bien que l'administration. Et même si, comme nous le croyons, dans l'Etat moderne, l'administration ne peut intervenir que dans les limites fixées d'avance par une loi écrite, si l'acte administratif, comme le fait observer M. Artur[1], est toujours « un ordre secondaire, dérivé », il en résulte que c'est essentiellement dans la la loi qu'apparaît l'*agir* de l'Etat.

La juridiction est-elle aussi l'*agir* de l'Etat ? Laband déclare que, comme la législation, la juridiction a pour fondement la puissance commandante de l'Etat, l'*Herrschaft*, et qu'elle contient essentiellement un commandement; il refuse de voir l'essence du jugement dans la décision rendue sur le rapport de droit et de considérer comme quelque chose d'accessoire et de contingent l'ordre, qui est derrière tout jugement et qui a pour but d'assurer la réalisation des conséquences du jugement; l'analyse peut bien distinguer les deux choses, mais, dans la réalité, le jugement forme un tout unique, comprenant une décision sur un rapport de droit et un ordre d'exécution[2]. Notre auteur reconnaît donc lui-même que la décision juridictionnelle est un ordre, qui a pour but d'assurer la réalisation des conséquences d'un droit subjectif, dont l'existence est reconnue. Par suite, elle répond directement à la définition que Laband donne lui-même de l'action ; elle est aussi l'ordre, point initial, cause motrice de toute une série

1. Artur, article cité, *Revue du droit public*, 1900, t. I, p. 235. Nous faisons, bien entendu, toutes nos réserves sur le caractère d'ordre attribué à l'acte administratif. V. chap. VI, § 1.

2. Laband, *Staatsrecht*, t. II, p. 331, 3e édit., 1895.

d'ordres et de faits, qui assureront progressivement la réalisation d'un résultat voulu. Il y a donc une action, une intervention active de l'Etat dans la juridiction comme dans l'administration et dans la législation.

Concluons de tout cela que la doctrine, qui essaye de fixer les caractères distinctifs de la législation, de la juridiction et de l'administration, par le caractère psychologique de l'acte qu'elles impliquent, est inadmissible, car, au point de vue psychologique, ces différents actes ont exactement le même caractère : l'administration n'est pas seulement action, elle est aussi jugement au sens logique; la législation et la juridiction ne sont pas seulement jugement au sens logique, elles constituent aussi un *agir* de l'Etat. Il faut donc chercher ailleurs le critérium de la distinction.

V

Notre définition de la loi positive subsiste ainsi tout entière : elle est l'acte par lequel les gouvernants constatent et formulent une règle de droit objectif préexistante. Nous ajoutons que souvent, le plus souvent dans la loi, les gouvernants organisent des mesures destinées à assurer l'application du droit objectif constaté par la loi; mais nous avons déjà dit et nous montrerons plus loin[1] que cette partie de la loi, qu'on peut appeler *constructive*, n'est pas un élément essentiel de la loi positive.

Dans les sociétés modernes la fonction législative occupe une place considérable. En disant cela, nous

1. V. *supra*, chap. VI, § 1, et *infra*, chap. VII, § 3-5.

n'avons pas seulement en vue les lois proprement dites, émanant d'un organe, dit législatif parce qu'il est plus spécialement chargé dans tel ou tel pays de faire la loi, mais encore toutes dispositions par voie générale, constatant une règle de droit, de quelque organe qu'elles émanent. Dans les pays, qui sont parvenus à l'heure actuelle au degré le plus avancé de l'évolution juridique, on considère que toute intervention de l'Etat, dans une espèce concrète déterminée, suppose au préalable une disposition par voie générale, une loi, autorisant ou imposant cette intervention, déterminant l'organe ou l'agent de l'Etat compétent pour intervenir et fixant les conditions de son intervention. Sans doute il résulte de tous les développements qui précèdent que les gouvernants ne peuvent intervenir avec un résultat juridiquement effectif que lorsque leur acte de volonté est déterminé par un motif reconnu légitime par le droit objectif. Les gouvernants n'ont point de puissance souveraine; leur action n'a d'effet légitime qu'autant qu'elle est conforme au droit objectif et déterminée par un but de solidarité. Mais cela ne suffit pas, et en fait on est allé plus loin. Dans la plupart des sociétés modernes, l'organe ou l'agent de l'Etat ne peut intervenir dans une espèce concrète, ne peut créer une situation juridique subjective, ou même la constater pour en assurer la réalisation, que dans les conditions prévues et définies par une loi positive, conforme au droit objectif. En d'autres termes l'intervention active des gouvernants n'est juridiquement efficace que lorsqu'elle est déterminée par un but reconnu légitime par une loi positive, constatant une règle de droit objectif. L'acte individuel du gouvernant ne produit un effet de droit, rendant légitime l'emploi de la contrainte matérielle, que dans les cas et dans la mesure où le permet une loi positive.

Ce n'est que du moment où on a eu clairement cette conception qu'a été formée la vraie notion de loi positive. Cette notion ne s'est pas constituée d'un seul coup; elle n'est pas une notion moderne; elle a été une création de l'antiquité grecque. Mais elle a été bien souvent abandonnée ou du moins déformée; et encore aujourd'hui elle est trop souvent mal comprise et mal appliquée. Il importe cependant au plus haut degré d'en bien préciser le sens et la portée, d'en montrer la formation historique et la réalité actuelle, parce qu'il n'est pas de conception plus protectrice des gouvernés contre l'arbitraire et la force brutale des gouvernants. On peut et on doit affirmer que les gouvernants ne peuvent agir que conformément au droit; mais ces affirmations risquent fort de rester sans effet. L'individu n'a eu véritablement une protection contre la force du gouvernant que du jour où on a affirmé que le gouvernant ne pouvait intervenir dans un cas particulier que lorsque son intervention était conforme à une règle, formulée d'avance par voie générale et abstraite, obligeant tant qu'elle existe gouvernants et gouvernés. Sans doute cette protection est elle-même insuffisante. Il faut affirmer en outre, comme nous l'avons fait, que même en statuant par voie générale et abstraite, les gouvernants ne peuvent que constater le droit objectif, et que toute loi positive contraire au droit objectif est sans valeur. Il faut affirmer aussi que les gouvernants ont le devoir de créer une organisation politique, qui réduise au minimum le danger d'arbitraire, même et surtout dans la confection de la loi. Mais il reste toujours qu'une des garanties les plus précieuses de l'individu réside dans cette interdiction comprise et voulue, adressée aux gouvernants, d'intervenir dans un cas particulier, en dehors de la règle générale tracée d'avance par une loi positive.

Cette conception a fait souvent dire que la souveraineté de l'Etat se manifestait avant tout (on a dit même parfois, uniquement) dans l'exercice du pouvoir législatif. L'idée se trouve à chaque page dans le *Contrat social;* pour J.-J. Rousseau, le pouvoir souverain est exclusivement le pouvoir de faire la loi[1]. La même formule revient à chaque instant dans les discusions de l'Assemblée nationale de 1789. Il nous semble bien que M. Artur veuille exprimer la même idée, quand il écrit dans son intéressant article : « La loi a pour second caractère d'être un acte d'autorité initial, qui ne se rattache par aucun lien de subordination à à aucune prescription positive antérieure, qui par suite se produit dans des conditions de souveraineté particulièrement radicale. Quand le législateur règle une matière quelconque, il le fait avec une liberté illimitée, il use de la souveraineté la plus radicale et la plus entière[2]. » Cette formule nous paraît fausse. D'abord, pour nous qui nions la souveraineté de l'Etat, la loi, pas plus que tel ou tel acte, ne peut être la manifestation par excellence de la prétendue souveraineté étatique. D'autre part, en disant que la loi est la manifestation essentielle du pouvoir souverain, « que le législateur use de la souveraineté la plus radicale et la plus entière », on confond encore le point

1. V. notamment *Contrat social*, liv. II, tout entier, et liv. III, chap. I. La théorie du gouvernement, telle que l'expose Rousseau, se rattache à cette idée. Le gouvernement est « un corps intermédiaire établi entre les sujets et le souverain pour leur mutuelle correspondance, chargé de l'*exécution* des lois et du maintien de la liberté tant civile que politique... Ce n'est absolument qu'une commission, un emploi, dans lequel simples officiers du souverain, ils (*les gouverneurs*) exercent en son nom le pouvoir dont il les a fait dépositaires. » (L. III, chap. I). Rap. discours de Rœderer à l'Assemblée nationale, où il distingue les pouvoirs *délégués* et les pouvoirs *commis* (*Arch. parlem.*, 1re série, t. XXX, p. 323, 10 août 1761).

2. Artur, article cité, *Revue du droit public*, 1900, t. I, p. 221.

de vue formel et le point de vue matériel. En fait la loi est habituellement faite par un organe étatique contre lequel aucun recours n'est possible, parce qu'il est le gouvernement lui-même, par le monarque dans un pays monarchique, par le corps des privilégiés dans un pays d'aristocratie, par le peuple ou ses représentants dans une démocratie; la loi s'impose alors sans appel, non pas parce qu'elle est la loi, mais parce que en fait elle émane d'un individu ou d'un corps, contre la décision duquel matériellement aucun appel n'est possible. La loi, prise en elle-même et d'après sa nature intrinsèque, n'est pas plus souveraine que toute autre décision des gouvernants. Toute décision individuelle émanant du monarque, d'une aristocratie ou du peuple serait aussi insusceptible de recours, elle serait donc « une manifestation de la souveraineté la plus radicale et la plus entière » ; et cependant M. Artur est le premier à reconnaître qu'elle ne serait pas une loi au sens matériel. Il faut donc écarter absolument le point de vue formel, et par conséquent ne point faire entrer dans la définition de la loi ce prétendu caractère de manifestation par excellence de la souveraineté; ce que l'on désigne ainsi tient à la nature de l'organe qui statue et non à la nature intrinsèque de l'acte. La loi positive reste donc simplement la constatation d'une règle de droit objectif, faite par le gouvernant d'une manière générale et abstraite, de telle sorte qu'il ne peut intervenir par voie individuelle que dans les limites tracées par cette règle générale.

Comment est-on arrivé à cette conception? On va l'indiquer. La question n'est point de savoir comment s'est formée la prétendue notion d'un pouvoir législatif souverain, et quel est ce pouvoir législatif souverain. Il faut montrer comment on a compris que l'intervention de l'Etat par voie individuelle était toujours

conditionnée par une règle de droit générale, officiellement et expressément constatée par avance.

Il ressort certainement de toutes les recherches sociologiques modernes que les gouvernants sont d'abord intervenus exclusivement par voie d'actes individuels. Les gouvernants veulent telle et telle chose déterminée et emploient leur force matérielle pour assurer la réalisation du résultat voulu dans chaque espèce déterminée; leur volonté s'épuise, leur décision disparaît quand le but voulu est obtenu. Pour nous servir d'expressions modernes, nous sommes assurément dans le vrai en disant que l'administration et la juridiction, particulièrement l'administration, ont été primitivement les seules formes de l'intervention étatique. Il est inutile d'insister sur ce point; tous les sociologues paraissent unanimes à cet égard, et les formes politiques des sociétés encore à l'état primitif fournissent de fortes raisons de croire que, dans l'enfance des sociétés humaines, la volonté gouvernante ne se manifestait jamais que par voie individuelle. Mais en même temps il nous paraît évident que de très bonne heure se forma cette idée, que les actes des gouvernants ne pouvaient s'imposer à l'obéissance des gouvernés qu'à la condition de ne point être l'expression d'une volonté changeante et capricieuse d'un chef, que ces ordres ne devaient s'imposer au respect de tous que s'il était possible de les concevoir comme conformes à une règle générale, supérieure à la fois aux gouvernants et aux gouvernés. Cette règle générale restera longtemps plutôt sentie que comprise. Mais cette règle existe, et la conscience en apparaît du moment où on affirme que les actes individuels des chefs ne sont pas les décisions arbitraires de leur volonté, mais sont inspirées par une règle supérieure, par exemple la défense et la protection commune, ce qui a lieu le

plus fréquemment, ou ce qui est encore très fréquent dans les sociétés primitives, quand ces décisions des chefs se rattachent à une conception religieuse. On peut dire que dans toute société, même au premier stade de la civilisation, les actes individuels du gouvernant, du détenteur de la force, ne se sont imposés à l'obéissance volontaire des gouvernés que parce que ceux-ci se les représentaient comme l'application individuelle d'une règle générale s'imposant à tous, règle qui est précisément la règle de droit, telle que nous l'avons comprise et dont nous avons essayé d'établir le fondement dans les premiers chapitres de ce livre[1]. Qu'il y ait eu des luttes, des violences, des résistances opiniâtres de la part des gouvernés, des décisions tyranniques et souvent sanguinaires de la part des gouvernants, que les manifestations de la force brutale occupent dans l'histoire du monde une place considérable, la chose n'est que trop certaine. Mais il paraît en même temps non moins certain que la soumission volontaire des hommes aux décisions individuelles d'autres hommes, laquelle en fait a eu souvent lieu, ne peut s'expliquer que par cette pensée chez les faibles, que la décision du détenteur de la force est l'application individuelle d'une règle générale et supérieure, que l'acte individuel du gouvernant est destiné à assurer le respect de cette règle générale et à protéger par suite les intérêts de chacun et de tous. Tous les faits d'observation sociologique, toutes les coutumes connues des sociétés primitives, toutes les données de l'histoire très ancienne de l'humanité viennnent confirmer cette proposition.

Il dut arriver un moment où on sentit le besoin d'élargir et de préciser en même temps le rôle des gou-

1. V. *supra*, chap. II, § 1-3, et chap. IV, § 2.

vernants. L'idée qu'il existe une règle générale s'imposant à tous les membres de la société, une règle dont les décisions individuelles formulées par le chef ne sont que l'application, une règle dont l'observation et le respect sont nécessaires pour la protection et la conservation des intérêts de chacun et de tous, cette idée devient, avec le progrès de l'intelligence humaine, plus claire dans les esprits. Alors naît chez tous, ou du moins chez la majorité, la pensée de demander au gouvernant de formuler par avance la règle générale, en vertu de laquelle il prend des décisions particulières. On sent le besoin que cette règle, dont on n'avait d'abord qu'une conscience obscure, dont on a chaque jour une notion plus claire, soit fixée par avance d'une manière précise. On veut en même temps que cette règle générale, constatée officiellement, oblige, tant qu'elle existera, les gouvernants comme les gouvernés; on aspire à une situation politique et sociale dans laquelle les gouvernants ne pourront prendre des mesures individuelles que dans les limites établies par cette règle générale expressément formulée. Ce phénomène est facile à comprendre; il est le produit de l'évolution naturelle des idées qu'on peut appeler politiques. D'abord, la conscience obscure d'une règle générale; puis les données se précisent; la représentation d'une règle générale tend à s'extérioriser, suivant une loi psychologique bien connue, à mesure qu'elle devient plus nette; apparaît enfin une aspiration puissante vers une constatation de la règle faite par les gouvernants eux-mêmes, de telle sorte que ceux-ci soient limités dans leur intervention individuelle par cette règle elle-même.

Mais comment comprendre que les gouvernants, qui, dans notre conception de l'Etat, ne sont que les détenteurs d'une force plus grande que celle des autres, aient

consentis à se lier eux-mêmes, à formuler d'avance une règle générale, qui viendra limiter leur action et qui les obligera tant qu'elle existera? Evidemment, c'est là une question de fait; et, pour y répondre d'une manière précise, il faudrait prendre une à une chacune des sociétés dont nous connaissons l'histoire et montrer comment en fait s'est opérée la transformation. Nous ne pouvons indiquer ici que des tendances générales. Ihering, on l'a vu[1], explique la reconnaissance synallagmatiquement obligatoire, pour les gouvernants et les gouvernés, de la loi et du droit, par ce qu'il appelle « la politique bien entendue de la force ». « Le détenteur de la force est allé au droit parce qu'il a eu la conviction que son propre intérêt l'y poussait... parce qu'il a compris qu'il n'acquérait une vraie sécurité que là où il observait l'ordre général formulé par lui[2]... » Nous ne méconnaissons pas qu'il y ait dans cette observation une grande part de vérité. Mais nous croyons en même temps qu'elle ne suffit pas à expliquer la formation de la notion de loi positive; nous pensons que cette notion a été le produit de l'idée d'un droit objectif fondé sur la solidarité sociale, qu'elle s'est imposée aux gouvernants et aux gouvernés, quand l'individu a eu la conscience claire de cette solidarité, et en même temps la double conscience de son individualité et de sa *socialisation*, quand il a compris que le développement de son être et l'intégration sociale étaient fonctions l'un de l'autre, quand, en un mot, l'idée de droit s'est précisée et affirmée dans l'esprit humain. Elle s'est précisée et affirmée en même temps et sous l'empire des mêmes facteurs chez les gouvernants, individus comme les gouvernés, et soumis aux mêmes lois d'évolution psychologique. L'idée de droit, en se précisant, a

1. V. *supra*, chap. II, § 4.
2. Ihering, *Der Zweck im Recht*, t. I, p. 366, 1877.

eu nécessairement une tendance à s'extérioriser, à se traduire en acte; et la manifestation externe des idées de droit objectif a été justement la loi positive. Ainsi, contrairement à la doctrine de Ihering, le droit objectif n'est point né de la loi positive, conçue comme synallagmatiquement obligatoire. Mais la loi positive est sortie de la conception d'un droit objectif; elle est l'affirmation et la réalisation du droit objectif. L'idée d'une règle générale s'imposant à tous, gouvernants et gouvernés, voilà l'idée primaire. Cette idée se précise dans l'esprit de tous et tend à se traduire à l'extérieur. Réalisée, elle donne naissance à la loi positive; et la notion de loi positive dérive ainsi de la notion primaire de droit objectif, conformément aux lois de la psychologie humaine.

Nous n'indiquons là qu'une tendance générale; il faudrait la confirmer par des recherches historiques approfondies. Cette étude dépasserait de beaucoup le cadre de cet écrit. Cependant il est un peuple dans l'histoire duquel nous pouvons toucher du doigt l'évolution d'où est sortie la notion de loi positive. La Grèce antique, qui a créé l'art et la science, a été aussi la glorieuse initiatrice des idées de droit, et son activité féconde a enfanté cette conception éminemment protectrice de l'individu : une loi écrite, formulée par l'Etat, règle générale s'imposant, tant qu'elle existe, avec la même rigueur à tous, gouvernants et gouvernés.

VI

C'est un lieu commun d'exalter la liberté antique; et on nous a souvent représenté la cité grecque comme ayant su réaliser, plus de deux mille ans avant la Ré-

volution française, l'idéal de la liberté individuelle. Assurément la liberté paraît avoir en effet joué un rôle considérable dans l'histoire de l'antiquité grecque. Mais on se tromperait singulièrement si l'on croyait que les anciens comprissent la liberté individuelle comme nous la concevons aujourd'hui. Le concept de la liberté est absolument différent dans le monde antique et dans les sociétés modernes. La liberté individuelle, telle que nous la comprenons de nos jours, est le résultat d'une limitation apportée au pouvoir de l'Etat. Dans la doctrine individualiste, cette limitation résulte de droits subjectifs reconnus à l'individu, antérieurs et supérieurs de l'Etat, et auxquels celui-ci ne peut pas toucher. Dans notre doctrine du droit objectif, cette limitation provient d'une règle, fondée sur la solidarité sociale, qui s'impose à tous les hommes, gouvernants et gouvernés, et qui oblige les gouvernants à ne pas faire certaines choses et aussi à faire certaines choses. Quelle que soit la doctrine admise, la liberté au sens moderne est une certaine situation faite à l'individu et qui est le résultat de la limitation apportée au pouvoir des gouvernants. La liberté, au sens ancien, était autre chose. En quoi consistait donc cette conception de la liberté antique ? En cette idée que l'Etat sans doute peut tout faire, mais à une condition essentielle, à la condition qu'il statue, non par voie individuelle, mais par voie générale. La décision individuelle du gouvernant est sans valeur et sans force lorsqu'elle n'est pas l'application d'une règle générale formulée par avance pour tous. Mais une décision générale et s'imposant à tous ayant été édictée, personne ne peut se plaindre, quelles que soient les restrictions qu'elle apporte à l'activité individuelle, parce que ces restrictions sont les mêmes pour tous et qu'elles limitent l'activité de chacun dans l'intérêt de tous. En

un mot l'homme ancien se considère comme libre quand l'Etat n'intervient qu'en vertu de la loi, conçue comme règle générale formulée d'avance pour tous, gouvernants et gouvernés. Peu importe d'ailleurs l'organe qui formule cette règle ; le caractère protecteur de cette règle ne tient point à la nature de l'organe qui le formule, mais à son caractère de généralité, à ce fait qu'elle est obligatoire pour tout le monde, grands et petits, faibles et forts, gouvernants et gouvernés. Dans les cités grecques, beaucoup de lois sont rédigées par des sortes de dictateurs, qui, pendant un moment, ont réuni en leurs mains tous les pouvoirs. Une loi existe quand une règle générale a été formulée d'avance et qu'elle s'impose à l'obéissance de tous; l'homme est libre s'il a la certitude que l'Etat ne pourra intervenir que dans les limites fixées par cette norme. Hermann a mis cela nettement en relief : « Vis-à-vis de l'Etat, la liberté de l'homme grec consiste proprement et simplement en ce qu'il a conscience de ne dépendre d'aucun pouvoir lorsque chacun de ses concitoyens est égal à lui par la puissance de la loi [1]. »

La notion de loi positive était dès lors acquise. Les gouvernants ont sur les gouvernés un pouvoir dont l'origine et la seule limite sont la force matérielle dont ils disposent; mais une garantie contre l'arbitraire des gouvernants est établie ; c'est l'obligation pour les gouvernants de formuler d'avance une règle générale et abstraite, — loi positive, — leurs décisions individuelles et concrètes ne pourront être que l'application de cette loi. Tout le monde doit l'accepter, puisque la règle est la même pour tous, puisque les limitations apportées à l'activité de chacun sont établies dans l'intérêt de tous.

1. Hermann, *Lehrbuch der grieschischen Rechtsallerthümer*, p. 28, édit. Thaleim, 1884. — Cf. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 254-283.

Au reste, cette conception de la loi positive cadre parfaitement avec la solidarité sociale, telle qu'elle devrait être comprise dans la cité. La solidarité par similitudes y était prédominante; mais en même temps les consciences individuelles y étaient autonomes et la notion de solidarité par division du travail y pénétrait progressivement[1]. La conception de loi positive en est le corollaire. Par elle, en effet, la protection de la solidarité par similitudes est assurée, puisque les gouvernants de la cité, quoique obligés d'intervenir par voie de décision générale, ne sont soumis à aucune restriction du fait des activités individuelles. D'autre part aussi la solidarité par division du travail est respectée. Fondée sur le libre développement des activités individuelles (qui, bien loin d'être une cause de désagrégation, est au contraire un facteur puissant de *socialisation*), la solidarité par division du travail est sauvegardée, du moins pour une large part; car, si le législateur porte atteinte à la liberté individuelle, il ne le fait que de la même manière pour tous; l'activité individuelle est restreinte pour tous dans la même mesure; elle est limitée dans l'intérêt de tous, et cela même si elle paraît limitée uniquement dans l'intérêt du gouvernant, parce que le gouvernant est considéré comme le gérant des intérêts communs, et que malgré tout la notion de solidarité par similitudes reste prépondérante. Assurément l'évolution des idées politiques et juridiques ne devait pas, ne pouvait pas s'arrêter là. Il ne suffisait pas de dire : l'Etat peut tout faire quand il décide par voie générale, et ses décisions individuelles sont toujours légitimes quand elles sont l'application d'une règle générale formulée d'avance pour tous. Il fallait aller plus loin, et on est allé plus

1. V. *supra*, chap. I, § 5.

loin; on a compris et on a affirmé que l'Etat, même en statuant par voie générale et abstraite, même en établissant une loi, n'a que des pouvoirs limités, qu'il y a des choses qu'il ne peut pas faire et des choses qu'il est obligé de faire. Du jour seulement où on a déclaré qu'il y avait une règle supérieure à l'Etat législateur lui-même, la notion de liberté moderne a été trouvée.

Ce qu'il faut retenir, et c'est essentiel, c'est que la loi positive, au moment même de son apparition dans l'histoire politique, a été comprise comme une règle générale et abstraite. C'est parce qu'on a senti le besoin d'une règle générale qu'on a eu la conception de la loi positive. Sous l'action du développement normal des idées, de la nécessité de protéger l'individu contre l'arbitraire du pouvoir politique, on est arrivé à considérer la fonction de l'Etat comme s'exerçant surtout et avant tout par l'établissement d'une règle générale, dont les décisions individuelles ne seraient que l'application. La loi est donc conçue au moment même où se forme sa notion, et sous l'empire des besoins qui la provoquent, comme une règle générale et abstraite.

Que ce soit surtout dans les cités grecques et sous l'action des idées que nous venons d'esquisser que s'est formée la notion de loi positive, c'est ce que montrent beaucoup de textes de l'antiquité classique, qui attachent une importance capitale à la loi et la présentent comme devant être toujours l'expression du droit, c'est-à-dire la règle générale qui s'imposera à tous.

Platon conçoit la loi comme une règle abstraite et par suite une règle stricte. Dans le dialogue *les Lois*, la loi apparaît comme étant l'ordre abstrait de l'Etat, tantôt exigeant comme puissance morale une obéissance sans condition, tantôt subordonné à une norme

morale supérieure. Pour Platon, dans l'Etat idéal il n'y a pas besoin de lois, puisque l'essence de cet Etat consiste dans l'harmonie des forces spirituelles de ses membres, laquelle est conforme à la justice. Mais laissons les rêveries du grand penseur et constatons que Platon lui-même voit essentiellement dans la loi la règle générale et abstraite formulée par l'Etat[1]. Moins idéaliste, Aristote précise le caractère, reconnu unanimement en fait à la loi positive, et montre le rôle pratique qu'elle joue dans les Etats. La loi est une règle générale et abstraite; elle ne vise pas un cas particulier. Il faut distinguer les νομοί et les ψήφισματα. Les lois sont toujours des dispositions par voie générale ; les ψήφισματα sont des décisions statuant par voie individuelle et spéciale ; même émanées du peuple, elles ne sont pas des lois proprement dites. Dans l'*Ethique* à Nicomaque, Aristote écrit: « Evidemment tout ce qui est conforme aux lois l'est jusqu'à un certain point à la justice, car ce qui est prescrit ou permis par le législateur est légitime, et on peut affirmer que cela est en même temps juste ». Aristote ne peut vouloir dire que le droit n'a d'autre origine que la loi positive ; tout son œuvre proteste contre cette interprétation. Sa pensée est évidemment celle-ci : la loi est conçue comme la formule de la justice sociale, la formule d'une règle de conduite qui s'impose à tous, d'une règle générale et abstraite. La distinction que fait Aristote entre les νομοί et les ψήφισματα montre bien que dans sa pensée le caractère propre de la loi ne dépend pas de l'organe qui prend la décision ; le même organe, monarque,

1. Sur la notion de loi positive dans *les Dialogues* de Platon, cf. Hildenbrand, *Geschichte und System des Rechts und Staatsphilosophie*, t. I, p. 118, 163 et suiv.; — Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 36 ; — Rehm, *Geschichte des Staatsrechtswissenschaft*, p. 42, dans *Handbuch* de Marquardsen, 1896 ; — Dareste, *la Science du droit en Grèce*, p. 30, 1893.

corps privilégié ou peuple fait des actes absolument différents, suivant qu'il statue par voie générale ou par voie individuelle ; et le caractère intrinsèque du νόμος est précisément la généralité. Cependant Aristote paraît bien admettre que la loi en ses dispositions générales ne peut pas tout prévoir, et qu'il y a toujours beaucoup d'affaires qui ne peuvent pas être prévues d'avance par le législateur ; que, par conséquent, les gouvernants peuvent alors, en dehors de la loi, statuer par voie individuelle ; mais c'est l'exception, et la décision individuelle s'impose alors par la seule nécessité[1].

Le texte, qui caractérise le mieux la conception grecque de la loi positive et la notion de liberté qui en découle directement, est un passage de Démosthène, que le jurisconsulte Marcien a cru devoir rapporter dans ses écrits[2], comme contenant la définition par excellence de la loi. En voici la traduction latine donnée par Mommsen, dans son édition du *Digeste*, en note de la loi de Marcien : *Hæc lex est, cui omnes homines convenit obtemperare cum propter alia pleraque tum maxime, quod omnis lex inventum est et donum dei placitum vero sapientium hominum coercitioque peccatorum tam voluntariorum quam non voluntariorum, civitatis autem pactum commune, secundum quod convenit vivere quicumque in ea sunt.* » La loi est donc le pacte général de la cité, conformément auquel doit vivre quiconque se trouve dans la cité : la loi est ainsi essentiellement une règle générale[3].

Cette conception de la loi, règle générale et abstraite, régissant d'avance un nombre indéterminé de

1. Aristote, *Ethique*, liv. V, chap. I, trad. Thurot, p. 190 ; — *Politique*, liv. IV, chap. VII, et liv. V, chap. VII, trad. Thurot, p. 260 et 346. — Cf. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 38 ; — Rehm, *Geschichte des Staatsrechtswissenschaft*, p. 126, 1896.

2. Marcien, *Institutiones*, liv. I ; — L. 2, pr., D., *De legibus*, I, 3.

3. Démosthène, *Oratio adversus Aristogitonem*, t. I, p. 774, édit. Reisk.

cas, est aussi, au premier chef, celle de l'école stoïcienne, qui voit dans la loi humaine une émanation de la loi divine, qui régit le monde d'une manière absolue et immuable. La pensée stoïcienne à cet égard est nettement exprimée dans un passage de Chrysippe rapporté au *Digeste*[1].

Enfin on trouve encore dans le caractère des lois anciennes une nouvelle preuve que le mouvement d'idées, qu'on a essayé d'indiquer, est bien celui qui a donné naissance à la notion de loi positive. Toutes les lois anciennes, en laissant de côté les lois d'organisation politique, sont avant tout et à peu près exclusivement des lois pénales. Or le premier contact entre les besoins communs et l'activité individuelle, ou plus exactement le premier choc entre la solidarité par similitudes et la solidarité par division du travail a dû se produire à la suite de faits émanant de l'activité individuelle et portant atteinte aux besoins communs à tous. En présence de ces faits, on a compris que l'obligation s'imposait aux gouvernants de formuler une règle générale, qui limiterait sans doute l'activité de chacun, mais protégerait les intérêts de tous. Dès lors les premières lois positives ont dû être des lois pénales et ont été en effet des lois pénales. Qu'on se reporte aux anciennes lois de l'Inde, de la Grèce et de Rome, lois de Manou, lois de Dracon, lois des Douze Tables, toutes sont des lois à peu près exclusivement pénales. Le même caractère se retrouve, on le sait, dans les anciennes lois germaniques, Loi Salique, Loi Ripuaire.

On peut conclure de tout cela que la notion de loi positive est née au moment où on a compris la nécessité de protéger l'individu contre l'arbitraire des gouvernants, détenteurs de la force. Pour assurer cette

1. Marcien, L. 2, pr., D., *De legibus*, I, 3.

protection, on a dû affirmer que l'acte individuel d'un gouvernant ne s'imposait à l'obéissance des particuliers que s'il était l'application d'une règle générale, établie pour tous. Sans doute ce principe n'a peut-être jamais été admis dans l'antiquité grecque sans quelques exceptions; mais il était cependant l'essence même de la liberté au sens ancien du mot. La loi positive est donc, d'après les éléments mêmes de son origine historique, une disposition générale et abstraite, constatant une règle de droit objectif, une règle générale et continue, s'imposant tant qu'elle existe à tous, même aux gouvernants, qui peuvent la modifier par une nouvelle disposition générale, mais qui ne peuvent pas y déroger par voie individuelle.

Il est bien probable que, dans la cité romaine, la notion de loi positive s'est formée sous l'empire des mêmes idées que dans les cités grecques, et que la loi y fut longtemps considérée, en sa nature intrinsèque, comme une disposition par voie générale, que seules étaient des lois les décisions statuant d'une manière générale, et que n'étaient point véritablement lois les dispositions individuelles, même votées par l'assemblée du peuple. Divers jurisconsultes, parmi les plus grands, déclarent que le caractère essentiel de la loi est la généralité. Celsus écrit : *Ex his quæ forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur*[1]. Et Papinien : *Lex est commune præceptum... communis reipublicæ sponsio*[2]. La formule n'est que la traduction du passage de Démosthène précité et reproduit par Marcien[3]. Enfin Ulpien : *Jura non in singulas personas sed generaliter constituuntur*[4]. De

1. L. 4, D., *De legibus*, I, 3.
2. L. 1, D., *De legibus*, I, 3.
3. L. 2, pr., D., *De legibus*, I, 3.
4. L. 8, D., *De legibus*, I, 3. — Rap. Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, X, 20.

ces textes, il paraît bien résulter que théoriquement les jurisconsultes de l'époque classique considéraient la généralité comme le caractère par excellence, l'élément essentiel de la loi.

Mais en même temps une déformation se produisait dans la conception originaire et rationnelle de la loi. Le point de vue formel apparaissait, se combinait avec le point de vue matériel, et parfois même l'absorbait. A un certain moment on est amené à définir la loi, non plus par ses caractères internes, mais d'après l'autorité qui a fait l'acte, et à donner le nom et le caractère de loi à tout acte émané d'une certaine autorité, quelle que soit la nature intrinsèque de cet acte. Cela explique comment, à côté des textes précités, on trouve des sources, dans lesquelles on paraît bien donner de la loi une définition exclusivement formelle, et déclarer qu'il y a loi toutes les fois qu'un acte, quelle que soit son essence, réunit les deux conditions de forme suivantes : la *rogatio* d'un magistrat compétent et le vote de l'assemblée du peuple. Pernice[1] cite un passage assez obscur de Festus, d'où il semble résulter que ce qui fait la loi c'est uniquement la forme en laquelle l'acte est accompli. Mais les textes les plus significatifs en ce sens sont le paragraphe 3 et le paragraphe 4, bien connus, du livre I des *Institutes* de Gaius : *Lex est quod populus jubet atque constituit; plebiscitum est quod plebs jubet atque constituit.* Le jurisconsulte paraît bien affirmer sans hésitation que, pour savoir si un acte est ou n'est pas une loi, il suffit de savoir par quelle autorité il est porté, en quelle forme il est fait. C'est une définition purement formelle. Peut-être peut-on dire que Gaius, qui écrit un livre élémentaire, une sorte de manuel destiné aux étudiants, ne cherche

1. Pernice, *Formelle Gesetze im römischen Recht*, p. 104, note 7.

point quelle est la conception savante et théorique de la loi et se borne à donner simplement le critérium formel, facile à comprendre et à retenir, mais que cela n'implique point que, dans sa pensée, la loi ne soit pas théoriquement une règle générale et abstraite. Quoi qu'il en soit après ce rapprochement des textes de Celsus, Papinien, Ulpien, Gaius, il est difficile de nier qu'il y ait quelque flottement dans la doctrine des jurisconsultes romains sur la notion de loi.

En fait, il y eut certainement pendant la république romaine beaucoup de dispositions, votées par l'assemblée du peuple, qui étaient des décisions individuelles. C'étaient d'abord notamment les élections de magistrats et aussi les jugements rendus en matière criminelle, avant l'institution des *Quæstiones perpetuæ* et même encore dans quelques cas après la création de ces tribunaux criminels. Cependant, pour les élections de magistrats et pour les jugements criminels, la question de leur caractère législatif ne se posa point à vrai dire; ce n'étaient des lois ni au sens formel ni au sens matériel; car, bien qu'il y eût un vote de l'assemblée du peuple, toutes les formes de la loi n'étaient pas employées; il n'y avait pas notamment de *rogatio* du magistrat. Mais, en dehors des élections et des jugements criminels, on trouve de nombreuses décisions du peuple, portées avec toutes les formes de la loi, qui étaient cependant des dispositions individuelles et que les interprètes modernes désignent du terme peu exact de *Privilegia*. On peut citer, à titre d'exemple, les concessions du droit de cité, faites à un individu ou aux habitants d'une ville, d'une province, l'attribution de pouvoirs particuliers à un magistrat, les concessions de terres accordées à un particulier, l'adrogation et, pendant un certain temps, le testament *calatis comitiis*. Dans ces différentes cas, il

y a toutes les formes de la loi; il y a la *rogatio* du magistrat, il y a le vote de l'assemblée du peuple. Mais il est de toute évidence que ce sont des dispositions individuelles, au premier chef. Y voyait-on une loi véritable? Ou au contraire distinguait-on ces décisions individuelles des règles générales votées par le peuple sur la *rogatio* d'un magistrat?

Pernice[1] soutient qu'en fait on ne faisait point la distinction, que dans ces décisions individuelles on voyait réellement une loi. Il ajoute qu'il y a là véritablement et réellement une loi. Ces décisions sont-elles effectivement des lois, telle n'est pas la question. Il s'agit uniquement de savoir si les Romains considéraient ces décisions individuelles, votées par le peuple, sur l'initiative d'un magistrat, comme de véritables lois, ou les séparaient au contraire des lois proprement dites, dispositions par voie générale. Or devant les textes précités, il nous paraît difficile de soutenir que les jurisconsultes romains, dominés d'ailleurs par l'influence de la philosophie stoïcienne[2], n'aient pas vu et compris en général que théoriquement ces divers actes individuels, quoique votés par le peuple, n'étaient pas des lois, que le caractère législatif dépendait du caractère intrinsèque de l'acte et non de l'organe qui le faisait et de la forme en laquelle il le faisait. Mais il est possible que ce fût là une distinction purement théorique, qu'on eût une tendance très marquée en pratique à ne pas faire la distinction. La définition de de Gaius donne bien à penser que, lorsqu'on n'approfondissait pas, lorsqu'on voulait donner une définition sommaire et courante de la loi, on la définissait simplement la décision du peuple rendue sur la *rogatio* d'un

1. Pernice, *loc. cit.*, p. 77.

2. La loi 2, pr., D., *De legibus*, I, 3, rapporte la proposition de Chrysippe précédemment indiquée.

magistrat, sans distinguer si la décision était générale ou individuelle. Nous dirons donc que, sous la République et le principat, on exige théoriquement, pour qu'il y ait véritablement une loi, une disposition statuant par voie générale, mais qu'il y a dans la pratique une tendance marquée à négliger le caractère matériel de la loi et à reconnaître le caractère de loi ou un caractère similaire à toute décision, prise par une certaine autorité en une certaine forme.

Cette tendance arrive à son aboutissant normal à la fin du principat et au commencement de l'empire proprement dit. Du jour où à Rome la notion ancienne de liberté a complètement disparu, disparaît en même temps la notion vraie et originaire de loi positive. La loi est désormais purement et simplement la décision du pouvoir politique, que l'on considère comme le pouvoir souverain, décision à laquelle le détenteur de ce pouvoir souverain a voulu donner le caractère et l'autorité de loi. L'achèvement de cette évolution trouve son expression dans la formule célèbre : *Quidquid principi placuit legis habet vigorem*[1]. Mais il est bien entendu que, pour qu'une décision du souverain ait le caractère de loi, il faut que le souverain ait eu l'intention, la volonté de lui donner le caractère, la force et l'autorité de loi. M. Girard explique très bien la chose[2]. « La seule restriction, dit-il, qui concerne surtout les décrets et les rescrits, qui fait que tel acte n'est pas une loi, résulte uniquement de la volonté du prince et, par conséquent, n'en est pas une véritable[3]. » Ainsi le droit romain est arrivé finalement à une conception

1. *Institutes* de Justinien, I, II, § 6
2. Girard, *Droit romain*, p. 59, 1896.
3. Cf. Ulpien, L. 1, pr. et § 1, D., *De constitutionibus principum*, I, 4, et L. 31, D., *De legibus*, I, 3. — V. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 40 et suiv.; — Rehm, *Geschichte*, p. 41.

purement formelle de la loi. Cette déformation de la notion primaire et rationnelle de loi aura une influence regrettable sur le droit positif de l'ancienne France et de la Révolution.

VII

Pendant la période féodale, la notion romaine d'un pouvoir supérieur, s'imposant aux individus parce qu'il est le pouvoir, disparaît complètement ou du moins s'affaiblit considérablement ; par conséquent disparaît aussi la notion de loi, considérée comme l'expression d'une volonté souveraine et unilatérale. Mais la notion de loi, conçue comme constatation d'une règle de droit générale, subsiste. Seulement cette constatation ne résulte plus de l'acte unilatéral d'une puissance souveraine, mais d'une convention intervenue entre le suzerain et ses vassaux. L'observation est d'importance. Elle nous permet d'affirmer que l'ordre donné par un supérieur à un inférieur n'est pas un élément essentiel de la loi, que, si la loi est obligatoire, ce n'est pas en vertu de l'ordre donné par la volonté souveraine qui l'édicte, mais parce qu'elle constate une règle de droit, obligatoire en soi. Nul ne contestera que, dans la pure conception féodale, la notion de loi n'ait pas entièrement disparu ; elle subsiste certainement ; mais les manifestations de la volonté gouvernante ont le caractère contractuel : on constate la règle qui s'impose, mais on la constate par un accord de volontés. On verra plus loin que, même à l'époque moderne, il n'est pas impossible de trouver des exemples de lois portées en la forme contractuelle. Ce caractère contractuel de la

législation féodale apparaît nettement dans tous les actes de la fin du IXe siècle et du Xe siècle ; il a été bien mis en relief par M. E. Bourgeois dans son beau livre sur le *Capitulaire de Kiersy-sur-Oise*[1]. On n'y insistera pas davantage. Mais la forme que la loi revêt à cette époque montre bien, on doit le retenir, que l'ordre unilatéral d'une puissance suprême n'est pas un élément essentiel de la loi positive.

Avec les progrès et l'affermissement du pouvoir royal en France, l'autorité politique est reconstruite, au profit des rois capétiens, sur le modèle romain[2]. Il suit de là que nos anciens juristes et nos vieux publicistes se formeront de la loi positive la notion qu'en avait créée le droit romain en son dernier État. La loi ne sera guère comprise qu'au sens formel. Elle sera tout acte émané de celui qui est investi de la puissance de commander, sans supérieur au-dessus de lui. La loi sera tout acte émané du roi et auquel le roi a voulu donner le caractère de loi. La formule célèbre : « Si veut le roi, si veut la loi » n'est que la traduction de l'adage romain : *Quidquid principi placuit legis habet vigorem*. Telle était la loi positive dans l'Empire romain, telle elle sera dans la monarchie française. Cela explique en même temps la confusion déjà relevée et que font tous nos anciens auteurs : la manifestation par excellence du pouvoir souverain, disent-ils, est la puissance de faire la loi. Dans leur pensée, cette proposition exprime exactement la même idée que cette autre : tout acte émané de la puissance souveraine est loi, quand cette puissance a voulu lui donner ce caractère. Voici d'ailleurs un passage particulièrement significatif de Bodin : « Or il faut que ceux-là qui sont sou-

1. E. Bourgeois, *le Capitulaire de Kiersy-sur-Oise*, p. 254 et suiv.
2. V. *supra*, chap. v, §§ 1-3.

verains ne soient aucunement sujets aux commandements d'autrui et qu'ils puissent donner lois aux sujets et casser ou anéantir les lois inutiles pour en faire d'autres, ce que ne peut faire celui qui est sujet aux lois... C'est pourquoi la loi dit que le prince est absous de la puissance des lois[1]; et le mot loi emporte aussi en latin le commandement de celui qui à la souveraineté[2]. » Ainsi la loi est un ordre de la puissance souveraine; le prince titulaire de cette puissance n'est pas soumis aux lois. La loi est la volonté du roi, qui est maître de la loi et qui est soustrait à son empire. Cela ne veut pas dire que tout acte émané du roi est une loi, mais seulement qu'est une loi tout acte auquel le roi a voulu donner ce caractère; il faut et il suffit qu'il ait eu cette volonté; peu importe le caractère interne de l'acte; tout dépend de la volonté du roi.

Cependant, au XVIe siècle, cette conception se combine avec la vieille notion des *lois fondamentales du royaume*. Ces lois sont supérieures au roi, soit parce qu'elles ont été établies par un coutume traditionnelle, soit parce qu'elles ont été affirmées par les Etats Généraux; c'est notamment en vertu d'une loi fondamentale du royaume qu'un impôt nouveau ne peut être établi sans le consentement des Etats. La distinction des *lois du roi* et des *lois du royaume*, dominante au XVIe siècle, abandonnée au XVIIe siècle et au commencement du XVIIIe, réapparaît à la fin de l'ancien régime et forme un élément de la théorie moderne des constitutions *rigides*[3]. A tout

1. Ulpien, L. 31, D., *De legibus*, I, 3 : *Princeps legibus solutus est.*
2. Bodin, *Les six livres de la République*, liv. I, chap. VIII, p. 131, édit. franç., Lyon, 1593.
3. Sur les lois fondamentales du royaume, cf. Coquille, *Du droit de royauté*, *Œuvres complètes*, t. II, p. 2, 1665 ; — Bodin, *De la République*, liv. I, chap. V et VIII : liv. V, chap. I, édit. franç., 1593 ; — Etats Généraux de Blois, 1576, et surtout seconds Etats Généraux de Blois 1588, où la distinction des *lois du roi* et des *lois fondamentales* est nettement, affirmée; — Picot, *Etats Généraux*, t. III, p. 92 et suiv., et t. IV, p. 48, 2e édit., 1888.

prendre, la distinction des *lois du roi* et des *lois fondamentales*, comme la distinction moderne des lois ordinaires et des lois constitutionnelles, n'était faite qu'au point de vue formel. La *loi du roi* ne peut pas toucher aux *lois du royaume* parce qu'elles émanent d'un autre pouvoir, et d'un pouvoir supérieur à celui du roi; une loi fondamentale ne peut être modifiée que par la puissance qui aurait eu le pouvoir de la faire, et le roi n'a pas ce pouvoir. Cela même prouve que, dans la conception ancienne, ce qui donne à un acte le caractère de loi, c'est la nature de l'autorité qui l'édicte et non point la nature interne de cet acte.

Au XVIIe siècle et pendant la première partie du XVIIIe, la distinction des *lois du roi* et des *lois du royaume* est à peu près complètement oubliée. Sans réserve et sans restriction, on reconnaît le caractère de loi à toute décision à laquelle le roi a voulu donner ce caractère. On cite bien le mot du chancelier Séguier à Anne d'Autriche : « Madame, cela est impossible, la loi ne le permet pas[1]. » Sans doute aussi l'existence des lois fondamentales limitant le pouvoir du roi est affirmée dans l'arrêt de la Chambre de saint Louis (30 juin 1848)[2]; mais ces documents appartiennent à la période de réaction temporaire, qui coïncide avec la minorité de Louis XIV. Dans la splendeur du grand règne, toute limitation au pouvoir législatif du roi disparaît; la loi est la volonté du roi, et le roi ne peut être soumis à la loi qui tire son existence de la volonté royale seule.

D'ailleurs, pour établir que, dans la doctrine juridique du XVIIe siècle, la loi est purement et simplement la volonté souveraine du roi, il suffit de montrer que les jurisconsultes de l'époque n'hésitent pas à affirmer qu'il

1. Rapporté dans l'édition de Loysel, par Dupin et Laboulaye, t. I, p. 28. 1846.
2. Isambert, t. XVII, p. 75.

appartient certainement à la souveraineté du roi de dispenser de l'application de la loi dans des cas particuliers. La loi n'est donc pas une règle de droit objectif, s'imposant à tous, même au roi ; et le roi est bien, selon l'expression latine, *lege solutus*. La loi n'a de force que par la volonté du roi, qui peut, dans des cas particuliers, décider qu'elle ne s'applique pas et, par conséquent, faire une loi individuelle, faire une loi qui ne sera pas une règle générale et abstraite. Plusieurs passages de Domat, un des rares jurisconsultes qui se soit occupé du droit public au XVIIe siècle, ne peuvent laisser aucun doute. « Le pouvoir de faire des lois, écrit-il, enferme celui d'accorder quelques dispenses, que les règles peuvent souffrir ; et c'est un droit du souverain de donner des dispenses de cette nature. Ainsi, par exemple, c'est une des règles de l'établissement des officiers qu'ils aient l'âge réglé par la loi ; mais, comme il peut y avoir des personnes en qui leur naissance, leur vertu, leur capacité fassent leur mérite si distingué qu'elles puissent remplir dignement des charges avant l'âge réglé pour les exercer, il est du bien public que le souverain les dispense de cette règle, et il n'y a que lui seul qui ait ce pouvoir. » Et un peu plus loin : « Le pouvoir qu'a le souverain d'établir les peines et de les rendre plus sévères ou les modérer renferme celui d'accorder en particulier des grâces à ceux qui sont accusés de crime, si quelques justes considérations peuvent l'y porter. Ainsi il peut commuer et adoucir la peine d'un condamné par une autre moindre. Ainsi, avant la condamnation, il peut remettre la peine, si les circonstances font cesser la nécessité de punir le crime... Et il y a aussi des cas où quelques considérations particulières viennent l'obliger à une *abolition* du crime... Et il peut aussi décharger des peines ceux qui ont été

condamnés et les rétablir [1]. » On voit que Domat rattache au pouvoir législatif du roi non seulement le droit d'abolition et d'amnistie, mais encore le droit de grâce. Aujourd'hui on discute beaucoup le caractère du droit de grâce que la constitution (L. const. 25 février 1875, art. 3, § 2) reconnaît au chef de l'Etat. Il est difficile de l'expliquer en le rattachant à un pouvoir législatif, qui n'appartient plus au chef de l'Etat ; il est, nous semble-t-il, tout simplement une survivance de l'ancienne prérogative royale, en contradiction complète d'ailleurs avec les principes de la démocratie représentative. Cela est si vrai que l'Assemblée nationale de 1789 l'avait supprimé comme contraire à ces principes. Quoi qu'il en soit de ce point particulier, les passages précités de Domat nous paraissent bien établir que, dans la pensée de nos anciens jurisconsultes, la loi est loi uniquement parce que le roi le veut, tant qu'il le veut, et pour les cas où il le veut ; qu'il peut, quand bon lui semble, écarter l'application de la loi, qu'il n'est point soumis à la loi. La notion rationnelle et primaire de loi a complètement disparu. La loi n'est plus cette formule générale, constatation du droit objectif, supérieure aux gouvernants et aux gouvernés ; elle est une émanation du pouvoir souverain, décision générale ou individuelle peu importe ; elle lie tous les sujets, mais point le souverain, qui peut toujours y déroger par des mesures individuelles. La théorie trouve au reste son expression officielle dans le préambule de l'édit de Louis XV déjà rapporté : « Nous ne tenons notre couronne que de Dieu ; le droit de faire des lois par lesquelles nos sujets doivent être conduits et gouvernés nous appartient sans dépendance et sans partage » (décembre 1770).

1. Domat, *le Droit public*, liv. I, tit. II, sect. II, §§ 6 et 13, p. 10 et 11, Paris, 1713.

Mais, si les jurisconsultes se sont courbés devant l'absolutisme royal, si, infidèles à leur mission, ils n'ont pas su se dégager des idées romaines et faire revivre la notion rationnelle de loi, la philosophie politique du XVIIIe siècle a contribué pour une large part à faire réapparaître la conception vraie de la loi au sens matériel, sans pouvoir se soustraire complètement, elle non plus, à l'idée d'un pouvoir souverain, idée dangereuse et fausse, qu'on reconnaisse ce pouvoir à un monarque ou à une majorité.

Malgré le titre de son immortel ouvrage, Montesquieu n'a point donné dans l'*Esprit des lois* la définition juridique et rationnelle de la loi positive au sens matériel. La définition célèbre : « Les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses » est la définition générale ou philosophique de la loi ; et Montesquieu explique lui-même qu'elle ne s'applique point à vrai dire aux lois positives. Quant à la question de savoir si la nature de loi positive doit se déterminer d'après l'organe qui édicte une disposition ou d'après les caractères intrinsèques de cette disposition, si toute décision même individuelle, émanée d'une prétendue puissance souveraine, est une loi positive, on n'en trouvera point la solution dans l'*Esprit des lois*. Les fidèles du grand écrivain diront que ce problème était au-dessous de son génie ; c'est possible après tout ; et inclinons-nous.

Précurseur des doctrines politiques modernes, Locke n'a point cependant mis en relief le caractère intrinsèque de la loi au sens matériel. Sans doute, dans le *Gouvernement civil*, la loi n'est plus l'expression de la volonté souveraine du monarque, mais elle est la manifestation de la volonté souveraine du peuple, qui peut exercer ce pouvoir législatif lui-même ou par ses représentants. Le peuple délègue en

général ce pouvoir législatif; mais ce pouvoir délégué n'est pas sans limite : et, si le représentant excède le pouvoir que lui donne son mandat, le peuple peut le révoquer[1]. Tout cela ne faisait pas faire un pas à la solution du problème. La loi reste dans la théorie de Locke, comme dans celle de nos anciens juristes, la décision émanée d'une volonté souveraine ; seulement cette volonté est, non pas celle du roi, mais celle du peuple. Elle n'en offre pas plus de garantie contre l'arbitraire.

L'idée que la loi est la volonté de la société elle-même, du *moi* commun, créé par le contrat social, est, on le sait, la pensée maîtresse de l'œuvre politique de Rousseau. Elle mérite assurément la même critique chez Rousseau que chez Locke, avec cette aggravation même que Rousseau considère le pouvoir du souverain comme étant sans borne, tandis que Locke en affirme au contraire énergiquement la limitation. Il est vrai de dire que Rousseau aboutit au gouvernement direct du peuple et que Locke, ayant en vue le gouvernement anglais, parle toujours du gouvernement représentatif. Mais, si Rousseau a eu une conception erronée du pouvoir législatif, il a mis merveilleusement en relief le vrai caractère interne de la loi, son caractère de généralité. Il développe en termes très nets cette pensée, que l'objet de la loi doit toujours être général, et que là est précisément la garantie des individus contre l'arbitraire. « Quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière. Ainsi la loi peut bien statuer qu'il y aura des privilèges ; mais elle n'en peut donner nommément à

1. Locke, *du Gouvernement civil*, chap. x et xi, p. 170 et 190; édit. française, Amsterdam, 1691.

personne. On voit encore que la loi réunissant l'universalité de la volonté à celle de l'objet, ce qu'un homme, quel qu'il puisse être, ordonne de son chef n'est point une loi ; ce qu'ordonne même le souverain sur un objet particulier n'est pas non plus une loi, mais un décret, ni un acte de souveraineté, mais de magistrature. J'appelle donc république tout Etat régi par des lois, sous quelque forme d'administration que ce puisse être; car alors seulement l'intérêt public gouverne, et la chose publique est quelque chose[1]. » Nous voilà donc revenu à la notion primaire de la loi positive : une disposition établie par voie générale, qui lie tout le monde, tant qu'elle subsiste, qui garantit par sa généralité même la gestion du bien public, la protection de la chose publique, et qui fait de tout gouvernement, qui reconnaît et applique ces principes, une république au sens éthymologique du mot. Sans doute en exigeant que la loi soit une décision du peuple considéré comme le souverain, Rousseau confondait ou du moins rapprochait arbitrairement le point de vue formel et le point de vue matériel. Mais on ne peut méconnaître que l'auteur du *Contrat social* a eu le grand mérite de mettre en relief cette idée féconde, oubliée complètement à son époque, que le caractère essentiel et protecteur de la loi réside dans la généralité et la nature abstraite des règles qu'elle contient.

L'Assemblée de 1789 se trouvait en présence des conceptions de l'ancien régime et des doctrines de Rousseau. A son insu, elle fait une sorte d'amalgame des unes et des autres. On a précédemment essayé de montrer que l'œuvre politique de 1789-91 a consisté uniquement à transférer la puissance souveraine du roi à la nation qui l'exerce par ses représentants, à substituer

1. Rousseau, *Contrat social*, liv. II, chap. VI ; *Œuvres*, t. II, p. 156 et 157, Paris, 1817.

la personne collective et la souveraineté de la nation à la personne individuelle et à la souveraineté du roi[1]. Or la loi était précédemment l'expression de la volonté royale souveraine, elle sera désormais l'expression de la volonté nationale souveraine. D'où cette formule qui revient constamment dans les discussions de l'Assemblée nationale : « La loi est la volonté des gouvernés[2] » ; d'où la définition de la loi donnée dans l'article 6 de la Déclaration des droits : « La loi est l'expression de la volonté générale. » Mais cette formule et cette définition ne mettent, à vrai dire, en relief que le caractère formel de la loi. C'est au fond une conciliation de la notion monarchique et de la définition donnée par Rousseau. Les juristes antérieurs à 1789 disaient : la loi est la volonté du roi ; Rousseau et la Constituante affirment que la volonté souveraine est la volonté de la nation ; donc la loi, qui est l'expression d'une volonté souveraine, sera l'expression de la volonté nationale ; tout ce que décidait le roi était loi; tout ce que décidera la nation par l'intermédiaire de ses représentants sera loi.

Mais Rousseau avait dit en outre que la loi était une règle générale et abstraite et avait écrit : « Ce qu'ordonne même le souverain sur un objet particulier n'est pas non plus une loi, mais un décret, ni un acte de souveraineté, mais un acte de magistrature[3]. » Les auteurs de la constitution de 1791 ont-ils compris cela et ont-ils accepté la généralité comme le caractère intrinsèque de la loi au sens matériel? Nous croyons que, sur ce point, ils n'ont eu que des idées confuses. Sans doute,

1. V. *supra*, chap. v, § 3.
2. Voir particulièrement les discussions relatives au *veto* royal, août et septembre 1789, *Archives parlem.*, 1re série, t. VIII, p. 508 et suiv., t. IX, p. 2 et suiv.
3. *Contrat social*, *loc. cit.*

ils ont aperçu un moment la distinction du point de vue formel et du point de vue matériel, le caractère de généralité comme caractère essentiel de la loi au sens matériel ; mais ils ont bientôt abandonné ces idées exactes et rationnelles ; erreur grave dans une constitution fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs. Que les constituants de 1791 aient, à un moment donné, compris la loi au sens matériel, comme étant une disposition par voie générale, cela paraît ressortir d'abord de l'article 6 de la Déclaration : « La loi doit être la même pour tous... » Assurément, c'est d'abord l'affirmation du principe d'égalité ; mais c'est en même temps l'affirmation que la loi ne peut pas être faite, en tant que loi, en vue d'un individu déterminé et d'une espèce concrète. En outre, visant les restrictions que l'Etat peut apporter à la liberté individuelle, dans la mesure où cela est nécessaire pour protéger la liberté de tous, les auteurs de l'article 4 de la Déclaration ajoutent : « Ces bornes ne peuvent être établies que par la loi. » Ils ont bien en vue, non seulement une décision émanant de la représentation nationale, mais encore une décision par voie générale, constituant précisément par sa généralité même la garantie pour les individus, que les bornes, mises à la liberté individuelle, ne seront pas arbitrairement établies. Enfin l'article 1er de la section I du chapitre III, du titre III porte : « La constitution délègue exclusivement au corps législatif les pouvoirs et fonctions ci-après : 1° De proposer et de décréter les lois... » ; puis suit l'énumération de toute une série d'attributions, nominativement indiquées, déléguées au corps législatif, et qui sont ainsi bien distinguées de la loi. La loi ne serait donc pas toute décision du corps législatif, quel que fût son caractère intrinsèque ; les lois auraient un caractère matériel et commun, qui les distinguerait des autres actes, même émanés de la

représentation nationale, lesquels cependant ne seraient pas véritablement des lois.

Si nous n'avions que ces textes, on pourrait soutenir avec grande apparence de raison que l'Assemblée de 1789 a nettement séparé le point de vue formel et le point de vue matériel, parfaitement compris et déterminé le caractère de la loi au sens matériel, l'élément de généralité. Mais d'autres textes de la constitution paraissent montrer, au contraire, que finalement les hommes de 1789-1791 n'ont eu de la loi que la pure conception formelle, qu'une loi est pour eux toute décision prise en la forme législative, c'est-à-dire proposée et votée par le corps législatif, avec la sanction du roi ou son équivalent, c'est-à-dire le vote de trois législatures, quelle que soit la nature interne de cet acte. « Les décrets sanctionnés par le roi, et ceux qui lui auront été présentés par trois législatures consécutives, ont force de *loi* et portent le nom et l'intitulé de *Lois* [1]. » Voilà une définition de la loi exclusivement formelle. En rapprochant ces textes de ceux précédemment cités, nous pouvons dire : les constituants de 1791 ont un moment aperçu le caractère interne de la loi; mais ensuite ils l'ont négligé, et leurs idées sur ce point sont toujours restées obscures et vagues.

La Déclaration des droits de 1793 définit aussi la loi, l'expression de la volonté générale ; mais elle ajoute : « Elle ne peut ordonner que ce qui est juste et utile à la société ; elle ne peut défendre que ce qui lui est nuisible » (Art. 4). Ce qui est juste et utile à la société, c'est précisément l'objet de la règle sociale, conçue comme règle générale et abstraite, et, par conséquent, la loi d'après ce texte est bien la constatation de la règle sociale, et partant une disposition par voie géné-

1. Const. 1791, tit. III, chap. III, sect. III, art. 6. — Rapp. art. 7 et 8.

rale et une règle abstraite. Voilà la loi au sens matériel parfaitement caractérisée. Mais la constitution de 1793 ne s'est pas conformée à ce principe. On sait qu'elle distingue les *lois* et les *décrets* : les décrets sont rendus par le corps législatif, et les lois simplement proposées par le corps législatif; la *loi proposée* devient loi si, dans les quarante jours de l'envoi, dans la moitié des départements plus un, le dixième des assemblées primaires de chacun d'eux n'a pas réclamé; s'il y a réclamation, le corps législatif convoque les assemblées primaires, qui acceptent ou rejettent la loi par *oui* et par *non*[1]. Puis l'article 54 énumère les matières qui sont l'objet d'une loi : « Sont compris sous le nom général de *loi* les actes du corps législatif, concernant : la législation civile et criminelle ; l'administration générale des revenus et des dépenses de la République; les domaines nationaux, etc... » Dans les termes mêmes on distingue la législation et l'administration; et certains actes qu'on déclare expressément des actes administratifs seront des lois, parce qu'ils sont proposés par le corps législatif et soumis au *referendum* populaire dans les conditions précédemment indiquées. C'est la conception purement formelle de la loi.

Dans la constitution de l'an III enfin, on ne trouve qu'une définition simplement formelle de la loi : « La loi est la volonté générale exprimée par la majorité ou des citoyens ou de leurs représentants[2]. » Et l'article 92 de la constitution : « Les résolutions du conseil des Cinq-Cents, adoptées par le conseil des anciens, s'appellent lois. » Nous aurons à rechercher au chapitre suivant si les lois constitutionnelles, actuellement en vigueur, reconnaissent la distinction de la loi au sens matériel et au sens formel ; disons dès à présent que les

1. Const. 1793, art. 53-60 combinés avec les art. 10 et 19.
2. Déclaration des droits de l'an III, art. 6.

lois constitutionnelles modernes, à la différence des constitutions révolutionnaires, ne procèdent point par définitions dogmatiques, et que, si aucun texte n'établit le caractère matériel de la loi, aucun n'y contredit peut-être positivement.

De ce rapide exposé historique, il résulte bien que, d'après son origine même, d'après les circonstances qui ont amené sa formation, la loi positive est la constatation d'une règle de droit et, par conséquent, une disposition abstraite formulée par voie générale. La raison d'être de la loi est précisément et exclusivement son caractère de généralité : elle n'offre les garanties qu'on lui demande que si elle est générale; toute disposition individuelle n'est pas une loi ; et une décision individuelle n'a de valeur juridique que si elle est conforme à la règle générale formulée d'avance par la loi, quel que soit l'organe duquel émane cette décision. Mais bien souvent la forme l'a emporté sur le fond ; on a été en quelque sorte hypnotisé par la fausse notion de souveraineté, et la loi est devenue fréquemment toute décision d'une volonté que l'on déclare souveraine. Il importe de revenir à la notion primaire et rationnelle de la loi, et cela surtout à notre époque, où la démocratie triomphante, flattée par ses courtisans, a comme toujours la tendance à se croire omnipotente.

CHAPITRE VII

LES CARACTÈRES ESSENTIELS DE LA LOI POSITIVE

I. La loi positive est une règle générale. — II. Principales conséquences. — III. La loi positive est une règle obligatoire. — IV. La législation *normative*. — V. La législation *constructive*. — VI. La loi positive ne crée jamais une situation juridique subjective. — VII. Conséquences et controverses.

Après l'exposé historique qui précède, notre définition de la loi positive subsiste donc tout entière. La loi est essentiellement la constatation par les gouvernants d'une règle de droit objectif. La langue politique en fait donne le nom de loi à toute acte émané d'un certain organe politique, qu'on qualifie de législatif ; mais ce n'est là qu'une fausse terminologie consacrée par l'usage et due à la confusion du point de vue formel et du point de vue matériel. Peu importe l'organe politique duquel émane l'acte. Il y a toujours loi, et il y a seulement loi, lorsqu'un acte fait par un gouvernant constate une règle de droit. Dès lors il est facile de marquer les caractères essentiels de la loi positive. Ils sont ceux que nous avons reconnus au droit objectif. La loi d'abord est une règle générale ; et toute disposition qui n'a pas ce caractère n'est pas une loi, même si elle est édictée par un prétendu souverain. La loi est une règle obligatoire pour tous gouvernants et gouvernés. La loi peut sans doute être modifiée et remplacée par une autre. Mais, tant qu'elle existe, elle lie les gouvernants, comme elle oblige les gouvernés. Seulement le caractère obligatoire de la loi ne dérive point d'un

ordre qui existerait dans toute loi : les gouvernants ne peuvent point donner des ordres aux gouvernés, car leur volonté n'est point substantiellement supérieure à celle des gouvernés, elle n'en est pas différente; et, d'autre part, si le caractère obligatoire de la loi dérivait d'un ordre législatif, on ne comprendrait pas comment elle serait impérative pour les gouvernants, ou si l'on veut pour l'Etat, puisque personne ne peut se donner des ordres à soi-même, et que l'Etat ne peut pas se donner des ordres à lui-même. Enfin, et c'est le point le plus délicat, il nous paraît certain que de la loi ne résulte jamais directement une situation juridique subjective, ni même, suivant la terminologie habituelle, un droit subjectif. La loi positive étant la simple constatation du droit objectif ne peut entraîner d'autre conséquence que le droit objectif lui-même. Mais nous nous heurterons ici à une opinion contraire, généralement admise.

I

La loi est rationnellement, et d'après son origine même, une règle générale et abstraite. On reconnaît qu'une disposition est une règle générale et abstraite, quand elle ne s'épuise pas par son application dans un cas prévu et déterminé d'avance, quand elle survit à cette application, alors même qu'en fait elle ne s'applique qu'à un seul cas, ou même qu'à un seul individu. L'acte juridique est un acte de volonté par voie individuelle, parce que, réalisé dans l'espèce que cette volonté a eu en vue, il disparaît, n'a plus sa raison d'être. La règle de droit est au contraire générale, parce que, appliquée dans une première espèce, elle subsiste toujours, devant jus-

qu'à son abrogation s'appliquer à toutes les espèces similaires. Ihering[1] a bien montré que telle était la caractéristique de l'acte individuel et de la règle générale; et Thon écrit très justement : « La caractéristique de la règle individuelle consiste en ce que l'état de fait auquel s'applique l'ordre ou la défense existe déjà ou est considéré comme devant exister incessamment, et que l'ordre individuel s'épuise par son application à ce cas particulier[2]. »

Cette notion de la loi s'est-elle maintenue? Est-elle encore vraie de nos jours? Correspond-elle aux besoins, aux tendances, aux aspirations des sociétés modernes? Oui, sans aucun doute. Si la garantie suprême du particulier contre l'arbitraire de la force réside précisément dans la généralité de la loi, si la loi ne se conçoit comme ayant une valeur obligatoire que parce qu'elle est la constatation du droit objectif, et si, par conséquent, elle doit être générale comme les règles du droit objectif, ces raisons, qui fondent la notion de la loi conçue comme règle générale, sont aussi vraies dans les sociétés du xxe siècle que dans les vieilles cités grecques. Pourquoi la loi serait-elle obligatoire si elle n'était pas la constatation du droit objectif? Les gouvernants ont-ils le droit de nous imposer leur volonté? Non. Un monarque n'a pas ce droit assurément; et, pour justifier ce prétendu droit monarchique, on n'a trouvé d'autre explication que l'investiture divine. En vérité, elle n'est pas suffisante. Un corps de privilégiés, de nobles par le sang ou la fortune? Personne n'ose lui reconnaître le pouvoir légitime de commander. La volonté collective? Mais elle n'est qu'une fiction. La réalité, c'est la volonté d'une majorité numé-

1. Ihering, *Der Zweck im Recht*, t. I, p. 327 et suiv., 1877. — Cf. *supra*, chap. II, § 2.
2. Thon, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, dans *Archiv für öffentliches Recht*, t. V, p. 149, 1890.

rique, et souvent la volonté de quelques démagogues flatteurs du peuple. La loi ne peut m'obliger que si elle constate une règle de droit préexistante; or toute règle de droit est générale par définition même; donc la loi est et ne peut-être qu'une règle générale. De plus la généralité de la loi est la sauvegarde par excellence de l'individu contre la tyrannie gouvernante; or l'homme moderne a non moins besoin que l'homme grec d'être protégé contre la dictature, qu'elle soit celle d'un roi, d'un empereur, d'une noblesse, ou même et surtout peut-être d'une majorité populaire. Sans doute les gouvernés ont de nos jours des garanties que n'avait pas l'homme des cités anciennes; les pouvoirs politiques sont plus savamment organisés; le régime parlementaire inconnu des anciens peut, quand il est sagement et normalement pratiqué par des majorités homogènes et politiquement éduquées, assurer une balance des pouvoirs, qui est une protection sérieuse de l'individu contre l'arbitraire de l'autorité; la presse, malgré ses excès, est une puissance protectrice au premier chef; le principe de la limitation des pouvoirs de l'Etat a été solennellement affirmé en 1789, et la distinction des lois ordinaires et des lois constitutionnelles est une sanction relativement efficace de cette limitation. Mais, de tout cela, il ne résulte point que la loi ait perdu son caractère de généralité, et cette généralité de la loi reste toujours la sauvegarde essentielle des gouvernés. Ce caractère de généralité, aujourd'hui comme autrefois, tient à l'essence même de la loi, à la conception même de l'Etat. Du moment où on a compris que le rôle de l'Etat était de réaliser le droit, que l'Etat n'était légitime qu'à la condition qu'il fût un Etat de droit, *Rechtsstaat*, la notion de loi, avec son caractère de règle générale, obligatoire pour tous gouvernants et gouvernés, s'est imposée à l'esprit. Si l'Etat doit réaliser le droit, si ses actes

individuels doivent toujours être l'application d'une règle de droit, la loi, qui fixe les limites et les conditions de ces actes, ne peut être qu'une règle de droit; or une règle de droit ne se conçoit que comme une règle générale. La règle de droit est fondée sur la société même, sur les rapports sociaux[1]; elle est sociale, par conséquent générale. Par suite la loi qui la constate ne peut formuler qu'une règle générale.

Le caractère de la loi, comprise comme règle générale et abstraite, est aussi la conséquence immédiate de l'existence dans l'esprit de l'homme de la double conscience individuelle et sociale, nous voulons dire, de ce fait que l'homme se saisit en même temps comme doué d'une personnalité individuelle et comme nécessairement solidaire de ses semblables, possède la double conscience de la solidarité par similitudes et de la solidarité par division du travail. La notion de loi positive, règle générale et obligatoire pour tous, est sortie de là. Or, à aucune époque plus qu'aujourd'hui, l'homme n'a eu une conscience plus nette de son double caractère social et individuel. Sans doute l'homme moderne oppose souvent à tort l'*individualité* à la *sociabilité;* mais cette opposition, quoique erronée, est une preuve de la forte et nette conscience qu'il possède de ces deux éléments. Comme précisément la généralité de la loi se rattache directement à la nécessité de concilier le libre développement de l'activité individuelle et la satisfaction des besoins communs à tous, à la pénétration de la solidarité par similitudes et de la solidarité par division du travail, ce caractère de la loi répond plus que jamais aujourd'hui aux aspirations des hommes, à l'état social et juridique et à la représentation que s'en forment les individus. Aussi nous consi-

1. V. *supra* tout le chapitre II.

dérons comme une vérité scientifique que la loi au sens matériel est et ne peut être qu'une règle de droit, c'est-à-dire une règle générale et abstraite officiellement constatée.

Les lois constitutionnelles de 1875, non plus que les constitutions dont elles se sont directement inspirées, les chartes de 1814 et de 1830, les constitutions de 1848 et de 1870[1], ne contiennent aucune définition de la loi. « Le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées... » (L. const. 25 février 1875, art. 1). « Le Président de la République a l'initiative des lois concurremment avec les membres des deux Chambres » (Même loi, art. 3, § 1). « Le Sénat a concurremment avec la Chambre des députés l'initiative et la confection des lois. Toutefois les lois de finances doivent être en premier lieu présentées à la Chambre des députés et votées par elle » (L. const. 24 février 1875, art. 8). « Le Président de la République promulgue les lois dans le mois... Dans le délai fixé pour la promulgation, le Président de la République peut, par un message motivé, demander aux deux Chambres une nouvelle délibération qui ne peut être refusée » (L. const. 16 juillet 1875. art. 7). Telles sont les seules dispositions des lois constitutionnelles de 1875, relatives à la loi. On voit aisément que le législateur constituant s'est uniquement préoccupé de déterminer la forme en laquelle la loi est faite et nullement de préciser le caractère intrinsèque de la loi. La loi est proposée par le Président de la République, ou par l'une des Chambres, votée par les deux Chambres et promulguée par le Président de la République, qui

1. A la Constitution de 1848, les constituants de 1875 ont emprunté la forme républicaine; aux chartes et à la constitution de 1870, le mécanisme parlementaire; théoriquement, le système politique de 1875, quoique républicain, se rapproche beaucoup plus de la monarchie de 1830 et de l'empire de 1870 que de la république de 1848.

a une sorte de *veto* suspensif. Tout acte fait en ces formes est un acte fait en la forme de loi. Mais cet acte est-il toujours une loi proprement dite? Une disposition individuelle et concrète, qui est édictée conformément à cette procédure, devient-elle par là-même réellement une loi? Le législateur de 1875 ne s'en explique point. A vrai dire, il n'a pas prévu la question, qui, au point de vue de l'interprétation des textes positifs, reste absolument entière. En déclarant qu'une décision individuelle, votée par les deux Chambres, promulguée par le Président de la République, est une loi en la forme, mais n'est point véritablement une loi au sens matériel, nous n'allons certainement à l'encontre d'aucun texte constitutionnel actuellement en vigueur. Nous irons même plus loin et nous dirons : toute décision statuant par voie générale est une loi, même lorsqu'elle n'émane pas du parlement. Les actes, appelés règlements du chef de l'Etat, sont des lois au sens matériel, des lois proprement dites. De même que le parlement, en faisant un acte individuel, fait un acte qui n'est pas une loi ; de même et à l'inverse le chef de l'Etat, en portant un règlement par voie générale, fait une loi. Dans quel cas le chef de l'Etat a-t-il le pouvoir réglementaire? Peut-il lui être délégué par le parlement? La décision réglementaire est-elle susceptible d'un recours? Autant de questions qui ne rentrent pas dans le cadre de ce livre[1]. Notons seulement que, si un recours est possible contre les décisions réglementaires, il n'en résulte point qu'elles ne soient pas

1. V. sur ces différentes questions, Berthélemy, *le Pouvoir réglementaire du Président de la République*, *Revue politique et parlem.*, 1898, t. I, p. 5; — Esmein, *De la délégation du pouvoir législatif*, même *Revue*, 1894, t. III, p. 200 ; — Graux, *la Loi et les Règlements d'administration publique*, même *Revue*, 1899, t. II, p. 460 ; — Laferrière, *Traité de la juridiction admin.*, t. II, p. 9, 2e édit., 1896 ; — Raiga, *le Pouvoir réglementaire du Président de la République* (thèse), 1900,



des lois au sens matériel. On a déjà montré que les deux choses étaient absolument distinctes : le caractère législatif dépend de la nature intrinsèque de l'acte ; la possibilité du recours dépend du caractère de l'organe qui a fait l'acte, c'est-à-dire d'un élément purement formel.

La doctrine française décide aujourd'hui presque unanimement que la généralité est un élément essentiel de la loi, qu'une décision individuelle et concrète, votée par les Chambres et promulguée par le chef de l'Etat, n'est point à vrai dire une loi, mais simplement un acte fait en la forme habituelle de la loi. M. de Vareilles-Sommières définit la loi : « Une règle de conduite obligatoire, générale et permanente, posée pour l'homme par Dieu, par l'Eglise ou le souverain temporel, ou plus généralement par une autorité qui a le pouvoir de commander, soit à tous les hommes, soit à tout un peuple[1]. » Nous n'avons pas à rechercher quel est le caractère de ces prétendues lois, que Dieu ou son Eglise impose aux hommes : cette partie de la définition, donnée par M. de Vareilles-Sommières, est l'expression de croyances que nous respectons, mais qui n'ont rien à faire dans une étude scientifique. Notre savant collègue, M. Esmein, s'est nettement expliqué sur la nature de la loi, comprise comme règle générale, et a bien montré que le caractère protecteur de la loi tenait avant tout à sa généralité même. « On conçoit, dit-il, comme possible deux modes d'exercice de la souveraineté : ou bien le souverain exercera la souveraineté arbitrairement et d'après sa seule volonté, prenant chaque décision et émettant chaque commandement en s'inspirant des circonstances ; ou bien il y aura des règles

1. Vareilles-Sommières, *les Principes fondamentaux du droit*, p. 11 et 12, 1894.

fixes, connues d'avance, qui dans tel cas donné dicteront la décision au souverain. Ces règles fixes, préexistant au fait qu'elles régissent..., ne peuvent être établies que par le souverain lui-même, et alors ce sont les *lois*... Ce qui fait la vertu protectrice de la loi, c'est sa conception même. Elle peut en effet être définie : une règle impérative ou prohibitive, posée par le souverain, qui statue non dans un intérêt particulier, mais dans l'intérêt commun, non à l'égard d'un individu isolé, mais à l'égard de tous pour l'avenir et à toujours[1]. » M. Planiol indique bien aussi le caractère de généralité propre à toute loi au sens matériel : « La loi est établie en permanence pour un nombre indéterminé d'actes et de faits ; toute décision de l'autorité publique, qui ne doit être exécutée qu'une fois, n'est pas une loi, c'est un acte d'administration[2]. » Enfin M. Artur définit la loi « une règle générale qui ne se rattache à aucune autre prescription antérieure comme mesure d'exécution[3]. » Il reconnaît ainsi l'élément de généralité, mais nous paraît rapprocher à tort dans la même défition le point de vue matériel et le point de vue formel, ce qui l'amène à ne pas voir dans les règlements des

1. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, p. 9 et 10, 2e édit., 1899. M. Esmein ajoute (p. 693) très justement que tous les actes *particuliers* du parlement ont la *forme* de loi, mais ne sont pas des lois. — Dans la définition rapportée au texte, M. Esmein indique comme condition interne de la loi, qu'elle soit une disposition posée par le souverain pour l'avenir et *à toujours*, d'où il résulterait que la décision, même par voie générale, mais limitée à une période de temps déterminée, ne serait point une loi au sens matériel. Nous examinerons la question au paragraphe 2 ; mais, dès à présent, disons que le caractère de perpétuité n'est pas à notre avis une condition essentielle de la loi, et que par exemple les actes qui établissent des impôts en France sont bien réellement des lois, malgré le principe de l'annalité de l'impôt. — Cf. Bouvier et Jèze, *la Véritable nature de la loi annuelle des finances*, *Revue critique de législation*, 1897, p. 428.

2. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, p. 54, 1900.

3. Artur, *Séparation des pouvoirs et des fonctions*, *Revue du droit public*, 1900, t. I, p. 219-221.

actes législatifs. En disant que « la loi ne se rattache à aucune autre prescription antérieure comme mesure d'exécution », notre collègue affirme simplement que la loi n'est pas un acte d'exécution, ce qui est évident. Sa pensée se précise lorsqu'il ajoute : « Quand le législateur règle une matière quelconque, il le fait avec une liberté illimitée, il use de la souveraineté la plus radicale et la plus entière. » Mais cette liberté illimitée appartient à tel organe politique; cette prétendue souveraineté radicale de la loi est le propre de l'organe qui la fait; on définit alors le caractère du législateur et non pas le caractère de la loi. A son insu, M. Artur est dominé par cette idée que la loi émane toujours d'un organe souverain, peuple, parlement, roi absolu, et il apporte, dans la définition matérielle de la loi, un élément qui concerne uniquement l'organe, auquel est habituellement confiée la fonction législative. Mais les règlements, dit-il, sont des actes administratifs, précisément parce qu'ils n'ont pas le caractère de souveraineté radicale, quoique statuant par voie générale. Non, les règlements ne sont pas des actes administratifs; ils formulent une règle générale, donc ils sont des lois; et si, un recours est possible contre eux, c'est parce qu'ils émanent d'un organe ou d'un agent contre lequel, dans telle ou telle organisation politique, une voie de recours est recevable.

En Allemagne la doctrine encore dominante admet que la généralité est la caractéristique essentielle de la loi. C'est l'opinion défendue notamment par Mohl et Gerber, considérés comme les deux fondateurs de la science moderne du droit public. Mohl écrit : « L'activité primaire de l'Etat est la législation; c'est-à-dire l'établissement des règles générales, qui déterminent les rapports des sujets avec l'Etat et aussi les rapports des citoyens

entre eux[1]. » Et Gerber : « Comme législateur, l'Etat manifeste sa volonté en la forme de règles abstraites[2]. » Dans un long article, écrit en réponse à l'article déjà cité de Martitz, G. Meyer s'est attaché à établir que la généralité est bien le caractère essentiel de toute loi, que seule est loi une disposition édictée par voie générale[3].

Mais cette opinion a été récemment combattue en Allemagne. Nous ne voulons pas parler, bien entendu, des auteurs, qui repoussent la distinction du point de vue formel et du point de vue matériel. Pour ceux-ci la question ne se pose point, puisque est loi, quels que soient ses éléments internes, tout acte porté en la forme législative. Mais Jellinek et Laband, qui, on l'a vu, défendent énergiquement la distinction des lois matérielles et des lois formelles et ont certainement contribué à faire prédominer cette conception, enseignent cependant que le caractère de généralité n'est point un caractère essentiel de la loi au sens matériel, qu'il peut y avoir une loi véritable, réunissant toutes les conditions intrinsèques de la loi, dans une décision statuant par voie individuelle, dans une décision qui s'épuise, lorsqu'elle est appliquée au cas particulier pour lequel elle a été faite. Avant de discuter cette opinion, pour nous inadmissible, il importe de préciser un point. Les deux savants auteurs sont d'accord, et ils ont raison, pour reconnaître que la loi matérielle est un acte qui

1. Mohl, *Staatsrecht des Königreiches Würtemberg*, t. I, p. 193, 2e édit.

2. Gerber, *Grundzüge des Staatsrechts*, p. 145, 3e édit., 1880.

3. G. Meyer, *Begriff des Gesetzes*, dans *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht* de Grünhut, t. VIII, p. 1 et suiv., 1881. — V. les nombreux auteurs cités par G. Meyer et la bibliographie complète dans Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 489, 3e édit., 1895, et dans G. Meyer, *Staatsrecht*, p. 21, note 1, 4e édit., 1895. — V. l'article de Martitz, auquel répond G. Mayer, *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, t. XXXVI, p. 207, 1880.

contient une règle de droit, *Rechtssatz;* toute la question est donc de savoir dans quel cas on peut dire qu'un acte contient une règle de droit. Nous disons et nous croyons l'avoir démontré : il ne peut y avoir règle de droit que dans une disposition par voie générale. Jellinek et Laband disent au contraire : il peut y avoir règle de droit dans une décision individuelle.

Jellinek expose d'abord la doctrine, d'après laquelle la généralité est l'élément essentiel de la loi. Cette doctrine était, dit-il, celle d'Aristote, de J.-J. Rousseau; elle est la doctrine dominante chez les civilistes, et elle a trouvé parmi les publicistes des défenseurs autorisés. Mais, ajoute-t-il, en y regardant de plus près, on s'aperçoit que chez les défenseurs de cette théorie, ce sont toujours des hypothèses indémontrées, des affirmations *a priori* qui tiennent la place de déductions scientifiques; la comparaison avec les lois naturelles ne prouve rien, l'argument de Rousseau n'est qu'un jeu de logique. Sans doute, continue l'auteur, la plus grande quantité des règles de droit ont en fait le caractère de règles générales; cela tient évidemment à ce que les rapports individuels et sociaux des personnalités tendent à avoir un type commun. Mais cela n'est pas forcément inhérent aux rapports sociaux; et, au cas où des rapports sociaux ne nous apparaissent pas avec une constance établie, il n'y a point impossibilité logique à créer, pour ces rapports exceptionnels, une règle de droit; même pour des situations spéciales et concrètes, des limitations peuvent être apportées aux personnes dans leurs rapports entre elles, et la règle qui établit ces limitations, quoique visant une espèce concrète, sera une loi matérielle. Ainsi une loi au sens matériel est toute décision de l'Etat, qui crée un droit nouveau avec une force obligatoire, c'est-à-dire établit pour l'Etat ou pour ses sujets des droits ou des obligations non encore con-

tenus dans l'ordre juridique existant. La plupart des lois contiennent une règle générale, à cause de la constance ordinaire des rapports de droit; mais, si l'élément de généralité est un élément naturel de la loi au sens matériel, il n'est point un élément essentiel. A l'inverse, il y a souvent des dispositions par voie générale qui ne sont pas des lois, mais simplement des actes administratifs, parce qu'elles se rattachent directement à la mission de conservation et de culture qui incombe à l'Etat, par exemple toutes les ordonnances relatives aux différents services administratifs; et, si ces dispositions émanent du parlement, quoique portées par voie générale, elles sont des lois au sens formel et non point des lois au sens matériel[1].

Avec Laband, la doctrine se précise encore. Le professeur de Strasbourg définit la loi au sens matériel : l'établissement par la volonté de l'Etat d'une règle de droit. Au droit établi par la volonté étatique, on oppose, dit-il, le droit coutumier, qui contient certainement une règle de droit, dont la valeur repose sur la conscience d'une obligation juridique existant en fait. De la règle de droit, *Rechtssatz*, il faut distinguer le rapport de droit, *Rechtsgeschäft*, qui n'a point pour contenu une règle de droit, mais seulement des droits et des obligations subjectifs. De ces notions générales il suit, dit Laband, qu'il appartient à la notion de loi au sens matériel, qu'elle établisse une règle de droit, mais non point que cette règle soit une règle générale, applicable à un nombre indéterminé de cas. Sans doute, le droit donne lieu habituellement à des règles, qui doivent s'appliquer dans tous les cas, où un fait prévu se présente, et comme la loi est une source du droit, la loi a habituellement pour contenu une règle générale. Mais

1. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 237 et suiv., 1887. Rap., Id., *Allgemeine Staatslehre*, p. 559.

cela est un élément naturel, non un élément essentiel de la notion de loi. Il est parfaitement conciliable avec la notion de loi, au sens matériel, qu'une loi établisse une règle de droit s'appliquant à un fait ou à un rapport de droit particuliers. Le plus souvent les décisions individuelles seront des actes administratifs; mais il est possible qu'une règle de droit soit établie pour un fait particulier qui ne peut se réaliser qu'une fois, et la loi qui formule cette règle est bien une loi au sens matériel. Et Laband cite les exemples suivants : une loi établit la régence dans un cas particulier d'empêchement du monarque, ou règle la succession à la couronne dans un cas particulier de vacance du trône ; une loi spéciale est faite, en raison de circonstances momentanées, pour une seule élection au parlement, comme la loi de 1866 sur le Reichstag de la Confédération de l'Allemagne du Nord, ou la loi du 21 juillet 1870 qui prolongea la durée ordinaire de la législature[1]. Puis, revenant sur la question dans une autre partie de son ouvrage, Laband dit encore : Il y a loi toutes les fois qu'une décision de l'Etat, revêtue de force obligatoire, contient une prescription de droit, c'est-à-dire essentiellement apporte à la liberté de l'individu des restrictions et des limites commandées par les besoins collectifs; la loi peut reconnaître cette liberté ou la supprimer, ou attacher une conséquence juridique à la violation de ses prescriptions ; peu importe qu'elle statue par voie individuelle ou par voie générale. « C'est seulement en tant que la volonté du sujet est limitée vis-à-vis d'une volonté étrangère par un ordre, une défense, une autorisation, en tant qu'un droit, une obligation, une protection sont créés vis-à-vis d'autres personnes que l'ordre de droit intervient, sans distinguer s'il y a un

1. Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 488 et suiv., 3e édit., 1895.

ordre individuel ou une disposition par voie générale. » Par conséquent si des décisions, édictées par voie générale, ne créent pas des règles de droit ainsi comprises, elles ne seront point des lois au sens matériel. Par exemple ne sont point des lois au sens matériel, bien qu'elles aient le caractère de généralité, toutes les dispositions par lesquelles l'Etat « ne sort pas de l'intérieur de l'organisation étatique », qui, en aucun sens, ne donnent des droits ou n'imposent des obligations à un sujet étranger à l'Etat, qui ne lui concèdent ou ne lui enlèvent rien, qui ne lui ordonnent ou ne lui défendent rien. Ce sont de simples dispositions administratives ; et si elles sont votées par le parlement, ce sont des lois simplement formelles [1].

Telle est dans ses grandes lignes la doctrine de Jellinek et de Laband. Elle nous paraît inacceptable. D'abord, il est un point acquis et accepté par les deux auteurs : la loi contient une règle de droit. Nous disons nous : l'Etat constate par la loi une règle de droit. Laband et Jellinek disent : l'Etat crée par la loi la règle de droit. Peu importe pour le moment. D'après Laband et Jellinek, comme pour nous-même, le criterium de la loi au sens matériel est la règle de droit. Or nous croyons avoir établi que la règle de droit ne peut se concevoir, ne peut avoir une valeur obligatoire, que si elle est une règle sociale, par conséquent une règle générale. La règle de droit est fondée sur la solidarité sociale ; or la solidarité sociale comprend tous les membres d'une société donnée ; elle est générale, permanente ; elle englobe pour ainsi dire toute la vie sociale. La règle de droit doit avoir les mêmes caractères et la même étendue.

Toute la doctrine de Laband et de Jellinek se résume

1. Laband, *loc. cit.*, t. I, p. 551 et 647.

en ceci : il y a loi au sens matériel toutes les fois qu'il y a une disposition, générale ou individuelle, qui modifie en l'étendant ou en la restreignant la sphère juridique de l'Etat ou des particuliers. Au fond, c'est dire, et Laband lui-même en fait la remarque, qu'il y a une loi au sens matériel toutes les fois qu'une disposition générale ou individuelle modifie la sphère juridique des particuliers; car les deux choses sont connexes; si la sphère juridique des particuliers est restreinte, le domaine d'action de l'Etat est étendu; et à l'inverse, si le cercle juridique de l'individu est élargi, celui de l'Etat est diminué. Donc finalement Jellinek et Laband reconnaissent à l'individu une certaine sphère juridique, et la loi est la disposition générale ou individuelle qui la modifie en moins ou en plus. Mais, si le droit, la règle de droit sont cela, on fonde donc le droit sur le principe d'une certaine sphère juridique appartenant à l'individu comme tel. En un mot on revient à la doctrine du droit naturel, à la théorie des droits individuels. Dans le passage cité précédemment, Laband ne le reconnaît-il pas implicitement? Nous savons bien que Jellinek et Laband ont, à maintes reprises, affirmé leur dédain pour le droit naturel et la théorie des droits individuels antérieurs à la société, que pour eux la sphère juridique de l'individu n'est point *a priori* créée par le droit de la nature, mais uniquement par la loi positive, et que, dans leur pensée, il y a loi au sens matériel quand une décision de l'Etat modifie la sphère juridique du particulier, créée par une loi positive antérieure. Mais on ne fait ainsi que reculer la difficulté : car enfin il faut bien toujours imaginer par la pensée, qu'une première loi positive a été, à un moment donné, édictée dans une société; et, pour qu'une définition de la loi, qui prétend être scientifique, le soit en effet, il faut qu'elle soit vraie pour toutes lois, aussi

bien pour les lois faites dans un pays parvenu au stade actuel de l'évolution politique que pour celles formulées dans une société, qui naît à la vie politique. Imaginons la première décision de l'autorité intervenant dans une société politique, et appliquons lui la définition de Laband et de Jellinek : cette décision, disent-ils, sera une loi si elle modifie la sphère d'activité juridique de l'individu. Mais cette sphère d'activité juridique ne peut avoir été créée par des lois positives antérieures, puisque par hypothèse il n'y en a point. Cette sphère juridique, si elle existe, et il faut qu'elle existe pour qu'il y ait une loi matérielle dans la doctrine que nous repoussons, ne peut résulter que du droit naturel, c'est-à-dire appartient à l'individu en sa qualité d'homme, et la loi positive ne sera dès lors que la décision de l'autorité politique, qui modifie dans l'intérêt commun la sphère d'activité juridique naturelle de l'individu, les droits individuels naturels. C'est précisément la définition de la loi, que donnent les représentants des doctrines de droit naturel. Jellinek[1] et Laband, malgré leurs invectives contre les théories de droit naturel, arrivent finalement aux mêmes résultats que celles-ci.

Il nous semble bien qu'il n'y a point de milieu. Ou bien on fonde la règle de droit sur la solidarité sociale elle-même ; alors elle est une règle sociale et ne peut être qu'une règle générale, et la loi positive qui la constate ne peut être qu'une disposition par voie générale. Ou bien on admet que la règle de droit et la loi peuvent être individuelles, qu'elles sont toutes modifi-

1. On a déjà fait observer, à plusieurs reprises, que dans son dernier livre, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, Jellinek est amené à faire une très large place à la conception des droits individuels naturels. Outre les passages précédemment cités, cf. p. 368 et suiv., où Jellinek déclare que l'individu comme membre du peuple, en sa qualité de sujet de droit, existe en face de l'État. Rap. Jellinek, *Systèm*, p. 76 et suiv.

cations apportées, par voie générale ou par voie spéciale, à la sphère juridique de l'individu; alors il faut admettre que chaque individu possède, en sa qualité d'homme, une certaine sphère d'activité juridique. Mais cela n'est autre chose que la liberté naturelle de l'homme, telle que la comprenait la théorie du droit naturel. La loi sera donc forcément, ou bien une disposition générale constatant la règle de droit sociale, ou bien une disposition, soit générale, soit individuelle, modifiant dans l'intérêt commun la liberté naturelle de l'homme. Par la force des choses, Laband a été amené à parler lui-même de modifications apportées à la liberté des particuliers; sans doute il ne dit pas liberté naturelle; mais ou cette liberté dont il parle n'est rien, ou elle est la liberté naturelle. Ainsi cet effort de Laband et de Jellinek, pour démontrer que la loi au sens matériel peut être une décision individuelle, aboutit simplement à un retour aux doctrines du droit naturel, que les deux auteurs ont énergiquement condamnées, et dont, nous-même, nous avons essayé de montrer l'insuffisance et le caractère artificiel et *a priori*.

Enfin Laband particulièrement se met en contradiction avec lui-même. Laband oppose la règle de droit, *Rechtssatz*, qui est le contenu de la loi, au rapport de droit né d'un acte juridique, *Rechtsgeschäft*, et déclare que la loi, contenant une règle de droit, ne contient par suite que du droit objectif, et qu'à la *Rechtsgeschäft*, rapport de droit né d'un acte juridique, correspondent des droits et des obligations subjectifs. Avec la théorie de Laband, cela devient contradictoire. Après avoir déclaré que la loi est le *Rechtssatz* et ne contient que du droit objectif, il vient affirmer que la loi est toute disposition individuelle ou générale qui modifie la sphère juridique du particulier; dès lors la loi peut avoir pour effet de créer pour l'individu une

situation juridique subjective, active ou passive, de faire naître des droits ou des obligations subjectifs. En prenant les exemples de lois individuelles donnés par Laband, est-ce que la prétendue loi matérielle, qui organise pour une personne déterminée la succession à la couronne, ne lui donne pas directement un droit subjectif à la couronne? Est-ce que la prétendue loi, qui dispense une personne déterminée du payement de l'impôt, ne fait pas naître à son profit une situation subjective? La loi cesse donc d'être un *Rechtssatz* pour devenir une *Rechtsgeschäft*; or il faut opter.

Les savantes doctrines de Jellinek et de Laband nous paraissent donc laisser intactes nos conclusions antérieures. La loi positive est la constatation d'une règle de droit; et en son sens matériel, la loi ne peut être qu'une disposition par voie générale et abstraite. Si ce caractère de généralité fait défaut, il n'y a pas de loi au sens matériel, quel que soit l'organe étatique qui ait statué.

II

Cette question est-elle purement doctrinale, ou présente-t-elle aussi un intérêt pratique? On a dit et on dira encore que ces discussions sont sans objet et sans profit, que le juriste n'a point à s'occuper de ces questions de philosophie juridique, qu'il doit accepter sans examen toute décision d'une autorité représentant l'Etat en sa toute-puissance, parce qu'aucune voie de secours n'est ouverte contre cette décision, qu'en un mot pour le juriste la loi est toute décision individuelle ou générale, qui s'impose aux tribunaux, et contre laquelle il n'y a pas de recours possible dans

l'organisation positive d'un pays donné. Nous nous faisons du rôle du juriste une idée plus élevée. Son premier devoir est précisément de déterminer les éléments internes de la loi et de dire, quand manque un de ces éléments, qu'il n'y a pas de loi, de le dire énergiquement, quelque haute que soit l'autorité de laquelle émane la décision arbitraire. Qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas de voie de recours en fait, le droit est toujours le droit; et il y a un intérêt majeur à l'affirmer. D'ailleurs, dans la question, il n'y a pas que cet intérêt, il y a aussi, notamment au point de vue du droit positif français, un intérêt d'ordre tout à fait pratique.

Et d'abord, nous admettons qu'en droit positif français une décision individuelle n'a de valeur qu'à la condition d'être l'application d'une règle générale formulée dans une loi et cela quel que soit l'organe duquel émane cette décision individuelle. Par conséquent, une décision individuelle, même votée par le parlement, même promulguée par le chef de l'Etat, n'a de valeur que si elle est conforme à une loi matérielle antérieure, à une règle formulée par une loi positive préexistante. Autrement cette décision individuelle du parlement est sans force, arbitraire et tyrannique; et nul ne lui doit obéissance. Mais, dit-on, cela est une affirmation philosophique sans portée pratique; dans un pays de démocratie représentative comme le nôtre, le parlement est investi d'un pouvoir souverain (en faisant toutefois abstraction de la limitation provenant des lois constitutionnelles), et sa décision s'impose toujours, qu'elle soit générale ou individuelle, même si, décision individuelle, elle n'est pas l'application d'une loi; quand le parlement vote, quand le chef de l'Etat promulgue une décision spéciale, qui ne se rattache à aucune loi antérieure, on n'a qu'à s'incliner, et on n'a aucun moyen pratique de faire annuler cette

décision ; et cela, même, si elle est contraire à la constitution, puisque, en France, les tribunaux judiciaires et administratifs n'ont point le droit, à la différence des tribunaux américains, d'apprécier la constitutionnalité des lois. — Assurément. Mais si rien ne peut empêcher un parlement de voter, un chef d'Etat de promulguer une décision arbitraire et illégale, rien ne peut et ne doit empêcher le juriste de déclarer que cette décision est arbitraire, illégale, et qu'on ne lui doit point obéissance. On invoque souvent la raison d'Etat. Il n'y pas de raison d'Etat dans un pays libre. Il est étrange qu'à une époque si fière de sa civilisation on parle encore de cette chose barbare, la raison d'Etat.

La décision du parlement, promulguée par le chef de l'Etat, doit être, lorsqu'elle est individuelle, l'application d'une loi matérielle et ne peut intervenir que dans les limites fixées par cette loi. L'organisation administrative française offre des exemples nombreux de décisions individuelles du parlement, intervenant dans ces conditions. Il suffit de rappeler les autorisations données par le parlement aux autorités locales pour l'accomplissement de certains actes de gestion administrative. Qu'on se réfère, par exemple, à l'article 41 de la loi du 10 août 1871 ; il faut dire cependant que la loi du 12 juillet 1898 a remplacé la décision du parlement par un décret rendu en conseil d'Etat. Citons aussi la loi municipale du 5 avril 1884, art. 143, § 2, qui décide que dans certains cas l'autorisation d'emprunter sera donnée aux communes par une loi, c'est-à-dire par une décision du parlement promulguée en forme de loi. Il y a là, bien évidemment, des actes administratifs, faits régulièrement par le parlement, dans les limites fixées par une loi générale. Le recours pour excès de pouvoir est assurément non recevable à l'égard de semblables actes, par suite de la nature de l'organe

dont ils émanent; mais ils sont de simples actes administratifs, et toutes les conséquences qui résultent du caractère administratif d'un acte, par exemple, la compétence des tribunaux administratifs, se produisent. D'autre part, si, dans l'exercice de ce contrôle administratif, le parlement excédait les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, il ferait un acte illégal; sans doute, il n'y aurait pas de moyen de faire constater cette illégalité, dans l'organisation administrative actuelle, mais l'illégalité n'en existerait pas moins.

Une des fonctions les plus importantes du parlement, dans les pays qui pratiquent le régime parlementaire, est le vote du budget, vote qui en France doit être annuel. L'annalité du budget n'est point inscrite dans la constitution de 1875; mais la règle est incontestée et incontestable et forme depuis 1791 un principe de notre droit public, soit que l'on considère que les constitutions antérieures sont encore en vigueur sur ce point, soit que l'on y voie une règle du droit coutumier constitutionnel. Le parlement français, qui voterait un budget pour plusieurs années, par exemple un septennat militaire ou un quinquennat naval sur le modèle allemand, ferait un acte inconstitutionnel. Mais là n'est pas la question. Le problème est de savoir quelle est la nature juridique du budget voté par un parlement et promulgué par le chef de l'Etat. Est-il une loi au sens matériel, ou simplement une loi au sens formel? On a déjà dit que la question était en Allemagne l'objet d'une longue controverse; cependant nous n'examinerons pas les doctrines allemandes à cet égard, parce que les jurisconsultes qui concluent, sans réserve, au caractère simplement formel de la loi budgétaire, nous paraissent souvent dirigés, bien moins par des raisons scientifiques que par le désir de justifer par des raisons plus ou moins

juridiques le pouvoir qu'ils veulent reconnaître *a priori* au gouvernement, et particulièrement à l'empereur allemand, le pouvoir d'établir le budget par une simple ordonnance, *Verordnung*, quand il n'a pas été voté en temps utile par le parlement[1].

En France, sous le nom commun et officiel de *loi portant fixation du budget pour l'exercice de...*, on désigne un tout complexe et se composant essentiellement de deux éléments tout à fait distincts, qui en fait sont réunis, mais qui pourraient parfaitement être séparés, et que même dans un bonne méthode de travail parlementaire on devrait séparer. D'abord la loi du budget comprend l'indication de tous les impôts que le parlement établit pour l'année budgétaire. L'acte, par lequel le parlement établit ainsi l'impôt, est assurément une loi au sens matériel : il contient au premier chef une disposition par voie générale, visant une série indéterminée de cas, non point faite en vue d'une personne déterminée, d'une espèce spéciale, mais s'appliquant à toutes les personnes qui se trouveront dans les conditions prévues par l'acte. On ne saurait objecter que l'impôt n'est établi que pour un an, et que, par suite, en le votant annuellement, le

1. Gneist, *Das Gesetz und Budget*, surtout p. 171, 1879 ; — Laband, *Zur Lehre vom Budgetrecht*, dans *Archiv für öffentliches Recht*, t. I, p. 172 et suiv., 1886 (article écrit en réponse au livre de Seidler, *Budget und Budgettheorie*), et surtout, *Staatsrecht*, t. II, p. 938 et 988, 3e édit. 1895, et les nombreux auteurs que cite Laband ; — Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 276-312, 1887 ; — Fricker, *Gesetz und Budget*, dans *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, t. L, p. 381 et suiv. et 387 et suiv., 1894 — Prazak, *Das Budgetrecht und die Lehre von den formellen Gesetzen*, dans *Archiv für öffent. Recht*, t. II, p. 441, 1886 ; — Haenel, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, dans *Studien*, t. II, p. 291 et suiv., 1888 ; — Seydel, *Ueber Budgetrecht*, 1889. — V. surtout, dirigé contre Laband, l'article de Martitz, *Begriff des Gesetzes*, dans *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, t. XXXVI, p. 207 et suiv., 1880, et la réponse de G. Meyer, *Begriff des Gesetzes*, dans *Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht* de Grünhut, t. VIII, p. 1 et suiv., 1881. — Cf. *supra*, chap. VI, p. 432, note 4.

parlement n'établit pas véritablement une règle de droit permanente et générale. Qu'elle soit générale, cela nous paraît de toute évidence. Est-elle permanente ? Si on entend par règle permanente une règle établie *à toujours*, suivant l'expression de M. Esmein[1], évidemment le vote qui crée l'impôt n'édicte pas une règle permanente ; mais on a déjà dit (et on y reviendra), qu'une loi, faite pour un temps déterminé, peut être une loi au sens matériel : le législateur constate que, pour un temps déterminé, telle chose est règle de droit ; il ne veut pas prendre d'engagement pour l'avenir ; le droit est continuellement changeant, et d'avance le législateur prévoit ces changements pour y adapter des dispositions futures. Il n'y a là qu'une protection de plus en faveur du particulier, et c'est précisément cette idée de protection qui a fait admettre le principe de l'annalité de l'impôt. Quand nous disons de la loi qu'elle est permanente, nous voulons dire qu'elle ne s'épuise pas par son application dans un cas particulier, qu'elle reste toujours vivante après ses multiples applications, et applicable aux cas prévus se présentant à nouveau[2]. Le parlement français ne peut établir l'impôt que pour un an ; c'est encore un principe incontesté de notre droit constitutionnel, quoique la constitution de 1875 ne l'ait point rappelé ; mais il est formulé dans la plupart de nos constitutions depuis 1791, et le parlement, qui établirait l'impôt pour plus d'une année, violerait certainement une règle constitutionnelle, que l'on considère les textes antérieurs comme encore en vigueur ou qu'on y voie une règle constitutionnelle coutumière[3]. Les dis-

1. *Eléments de droit constitutionnel*, p. 10, 2e édit., 1899.
2. *Contra*, Bouvier et Jèze, *la Véritable Notion de la loi et la loi annuelle des finances*, dans *Revue critique*, 1897, p. 429.
3. Presque toutes nos constitutions depuis 1791 affirment le principe de l'annalité de l'impôt. V. notamment, const. 1791, tit. V, art. 1 ;

positions de la loi budgétaire, qui énumèrent les impôts et taxes, qui pourront être perçues pendant l'année, sont bien des règles législatives au sens matériel. La théorie de Laband, qui veut y voir seulement un acte de gestion administrative, la simple prévision des recettes, est absolument inadmissible dans un pays, qui pratique le principe de l'annalité de l'impôt. Assurément, il en serait autrement si l'impôt ne devait pas être renouvelé chaque année, et les tableaux indicatifs des taxes perçues pourraient alors être considérés justement comme une simple opération administrative, au reste sans aucun caractère juridique : nous disons opération administrative et non acte administratif. Dans la conception française, il ne peut en être ainsi, il y a incontestablement une loi au sens matériel[1].

Dans l'autre partie du budget, le parlement fixe le montant des dépenses qui pourront être faites dans le courant de l'année budgétaire. Quel est le caractère de ces dispositions? Laband n'y voit encore qu'une simple

const. de l'an III, art. 302, 303; charte de 1814, art. 49 ; charte de 1830, art. 41 ; const. de 1848, art. 17. Cependant les chartes et la constitution de 1848 déclarent que les impositions indirectes peuvent être consenties pour plusieurs années. On s'est demandé s'il n'y avait pas là une restriction au principe de l'annalité de l'impôt. Nous ne le croyons pas ; les auteurs de ces textes ont eu seulement en vue le mécanisme de perception des contributions directes de répartition et des contributions indirectes : les premières impliquent une nouvelle répartition faite chaque année par le parlement, les secondes sont établies une fois pour toutes, en ce sens que leur assiette ne varie pas chaque année et qu'il suffit qu'à chaque nouveau budget le principe en soit rappelé, sans qu'il soit nécessaire que toute la réglementation en soit de nouveau votée. Mais toute contribution indirecte ou directe, qui ne serait pas visée dans le budget, serait supprimée par là même.

1. *Contra* Bouvier et Jèze, *la Véritable notion de la loi et la loi annuelle des finances*, dans *Revue critique*, 1897, p. 445. Les auteurs de cet article considèrent même le budget des recettes comme un acte exécutif; et ils nous font l'honneur d'appuyer leur opinion sur une phrase de notre travail sur la *Séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789* : « Car il (le budget des recettes) n'est autre chose que la mise en œuvre de la loi qui crée l'impôt. » Nous avons eu le tort, dans cette

opération de gestion administrative : la prévision des dépenses annuelles établie pour le bon ordre des finances publiques. « L'état de dépenses n'est pas une loi d'organisation faite pour chaque année, mais un plan de gestion financière; il implique comme base une organisation existant légalement[1]. » Que le vote des dépenses annuelles ne soit point une loi au sens matériel, cela nous paraît certain ; mais, contrairement à l'opinion de Laband, il est plus qu'un simple plan de gestion financière. Il est pour nous essentiellement l'acte administratif, au sens propre du mot défini précédemment, par lequel le parlement, agissant comme agent administratif, autorise le fonctionnaire compétent à dépenser telle ou telle somme appartenant au trésor public, et plus spécialement le ministre compétent à faire des ordonnancements jusqu'à concurrence du crédit voté. C'est une décision individuelle, faisant naître une situation juridique subjective pour le ministre, et parfois aussi pour les créanciers de l'Etat; c'est donc au premier chef un acte administratif rentrant dans notre définition générale[2]. Cette fonction administrative est conférée au parlement par les nombreux textes, qui depuis 1789 ont décidé que toute dépense devait être au préalable votée et ne pouvait être votée que

étude sur la *Séparation de pouvoirs*, qui était d'ailleurs surtout une étude historique, de ne pas distinguer suffisamment les deux conceptions, celle d'après laquelle l'impôt n'est créé que pour un an et doit être renouvelé chaque année, et celle d'après laquelle, l'impôt étant créé une fois pour toutes, le montant de son produit est évalué d'avance chaque année. La première est la conception française, et la partie du budget annuel, qui renouvelle des impôts déjà existants, est certainement législative, comme celle qui créerait de nouveaux impôts. Il va sans dire que la partie du budget des recettes, où sont évalués les revenus des domaines de l'Etat, est au contraire une simple opération administrative.

1. Laband, *Staatsrecht*, t. II, p. 947.

2. V. *supra*, chap. VI, § 1.

pour une année[1]. Les lois constitutionnelles de 1875 ne disent rien à cet égard ; mais le principe est incontesté. Les pouvoirs du parlement sont donc ainsi d'abord limités par la loi constitutionnelle, et le parlement qui voterait une dépense s'étendant sur plusieurs exercices violerait une règle constitutionnelle ; il peut assurément annoncer qu'il consentira à une dépense qui se répartira entre plusieurs exercices ; mais, à chaque nouveau budget, la dépense devra être à nouveau votée et la liberté du parlement sera entière. Cela a été justement reconnu à la Chambre des députés à propos des dépenses de la marine dans la séance du 29 juin 1900. De même le parlement, autorité administrative, est, quand il vote les dépenses, lié naturellement comme toute autorité administrative par les lois existantes. Par conséquent, le parlement ne peut pas refuser de voter les crédits nécessaires pour le fonctionnement d'un service créé par une loi encore existante. Le parlement peut assurément, en faisant une loi, supprimer le service créé par une loi ; mais il ne peut pas le supprimer indirectement, par un simple acte administratif, en refusant le crédit nécessaire pour en assurer le fonctionnement. En fait, on le sait, le parlement l'a fait quelquefois. Par exemple il a supprimé en 1886 et en 1887, par voie budgétaire, les facultés de théologie catholique et les inspecteurs généraux de l'enseignement supérieur : il a fait une chose illégale. En fait il n'y a pas de moyen de l'en empêcher ; mais en droit il ne peut pas le faire ; le parlement est dans la situation de toute autorité contre la décision de laquelle tout recours est impossible ; elle n'en est pas moins obligée de se conformer aux lois. Le parlement est encore limité dans ses pouvoirs financiers par les contrats ou tous

1. Déclaration des droits de 1789, art. 14.

actes juridiques qui ont fait naître régulièrement une dette à la charge de l'Etat. Cela a été reconnu récemment par le conseil d'Etat, le ministre des finances et la Chambre des députés, dans l'affaire des établissements ecclésiastiques de la Savoie[1]. En résumé l'acte par lequel le parlement vote les dépenses annuelles est un acte administratif, par lequel le parlement autorise le ministre compétent à ordonnancer des dépenses. Cet acte est administratif comme l'acte d'un conseil général ou d'un conseil municipal, qui vote le budget des dépenses départementales ou communales, comme le décret du Président de la République qui, dans les cas exceptionnels prévus par la loi du 14 décembre 1879, ouvre des crédits extraordinaires ou supplémentaires. Comme tout agent de l'Etat faisant un acte administratif, le parlement ne peut agir que dans les limites fixées par la loi. Ce caractère administratif a été implicitement reconnu par la Chambre des députés le 16 mars 1900[2]. En votant une résolution qui restreint dans une large mesure l'initiative parlementaire en matière de dépenses, la Chambre a reconnu évidemment, peut-être d'ailleurs à l'insu de beaucoup de ses membres, que ce vote des dépenses n'était pas le vote d'une loi proprement dite; sinon, la résolution qu'elle a votée aurait été directement contraire à l'article 5 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, qui donne aux deux Chambres et au Président de la République l'initiative des lois. Cette résolution fait plus que réglementer, elle restreint véritablement l'initiative parlementaire en matière de dépenses; mais elle ne

1. V. *supra*, chap. V, § 6, p. 377, note 1. — Arrêt du conseil d'Etat, 8 août 1896 (Recueil de Lebon, 1896, p. 663) et séance de la Chambre des députés, 22 décembre 1899 (*J. officiel*, 1899 : *Débats parlem.*, Chambre, p. 2327 et suiv.

2. *J. officiel*, 1900 : *Débats parlem.*, Chambre, p. 912.

touche pas à l'initiative en matière de loi proprement dite, puisque le vote des dépenses n'est pas une loi au sens matériel.

Les lois, autorisant un emprunt ou une conversion d'emprunt, offrent un autre exemple frappant de loi formelle ou, si l'on veut, d'un acte administratif fait en forme de loi. L'acte du parlement ou du gouvernement, qui autorise des fonctionnaires locaux à réaliser un emprunt pour le compte d'unités administratives, est incontestablement un acte administratif. L'acte par lequel le parlement autorise le ministre des finances à faire un emprunt pour le compte du trésor public ne peut pas être de nature différente. Mais il arrive en fait fréquemment que le parlement, en autorisant un emprunt, établit en même temps les conditions spéciales dans lesquelles devra se faire l'emprunt, et crée véritablement un droit nouveau pour la réalisation de cet emprunt. N'y a-t-il pas là véritablement une loi au sens matériel et en même temps une loi spéciale et individuelle? On l'a soutenu[1]. Mais G. Meyer[2] a très justement fait observer que l'emprunt d'Etat moderne n'est point à vrai dire un acte isolé et individuel, un contrat intervenu entre un particulier et l'Etat sur un point déterminé et se réalisant en une fois. Le plus habituellement l'emprunt d'Etat est fait par souscription publique. D'autre part, les titres de rente qui sont créés sont des titres négociables, qui se transmettent de mains en mains par tradition, transfert, sont mis dans le marché des valeurs financières. Dès lors l'acte qui règle d'avance les conditions de cette souscription publique, ouverte à quiconque, l'acte qui fixe d'avance le mode de négociation des titres de rente, les conditions de l'amortissement, par

1. Hænel, *Das Gesetz*, dans *Studien*, t. II, p. 220.
2. G. Meyer, article cité, *Zeitschrift für das Privat-und öffent. Recht* de Grünhut, t. VIII, p. 6, 1881.

exemple par voie de tirage au sort, contient au premier chef une règle générale, devant s'appliquer à une série indéterminée de cas, à un nombre indéfini de personnes, inconnues au moment où est fait l'acte. G. Meyer ajoute très justement : La loi d'emprunt dans la forme où elle intervient habituellement comprend : 1° un acte administratif (*Verfügung*) accordant au gouvernement l'autorisation d'emprunter; 2° une règle de droit proprement dite (loi au sens matériel) applicable à tous les contrats, en nombre indéfini et indéterminé, qui interviendront à propos de l'emprunt. Le plus souvent ces deux actes sont réunis, ils pourraient être séparés; alors le caractère du premier comme loi formelle, le caractère du second comme loi matérielle, apparaîtraient incontestables.

Dans les divers exemples cités jusqu'à présent, nous avons rencontré, ou bien une loi au sens matériel, règle générale, ou bien un acte administratif, fait par le parlement en forme de loi, dans les limites fixées par une loi matérielle antérieure. Mais on doit supposer qu'en fait le parlement vote et le chef d'Etat promulgue une décision, qui modifie sur un point déterminé, et pour une seule fois, ou pour une personne dénommée, une règle générale constatée dans une loi matérielle. Quel sera la caractère de cet acte? Ne peut-on pas dire que c'est une loi au sens matériel et raisonner ainsi : cet acte ne peut être un acte administratif, puisque l'acte administratif ne peut intervenir que dans les limites de la loi et qu'il y a ici précisément une dérogation à la loi ; cet acte n'est évidemment pas un acte juridictionnel ; il est donc véritablement une loi, et cela d'autant plus que, logiquement, le pouvoir qui a la puissance de faire la loi doit avoir aussi la puissance d'y déroger sur un point particulier. C'était, on l'a vu, la

théorie de Domat[1]. — Nous disons sans hésiter : Une décision, émanée même du pouvoir dit législatif, modifiant par voie individuelle une loi existante, est une décision sans valeur, un acte dictatorial contraire au droit. Un acte est dictatorial, quel que soit l'organe qui l'accomplit, toutes les fois qu'il est contraire au droit existant. Or, de tout ce qui précède, de l'évolution que nous avons décrite, il résulte que la loi matérielle ne peut se concevoir que comme l'expression du droit objectif, que la loi, tant qu'elle existe, lie de la même manière les particuliers et l'Etat, c'est-à-dire tous les organes et tous les agents qui à un titre quelconque collaborent aux fonctions de l'Etat, et que le parlement est lié par la loi tant qu'elle existe, comme le plus humble des citoyens. Le parlement peut modifier la loi par voie générale en faisant une loi nouvelle, correspondant à un changement du droit ; mais il ne peut point prendre une décision individuelle dérogeant à une loi existante. Sans doute il n'y aura pas de moyen pour l'en empêcher ; sans doute, en droit positif français, les tribunaux ne pourront pas refuser d'appliquer sa décision ; le détenteur de la force peut toujours par la force imposer sa volonté ; mais le droit reste toujours intact et supérieur. On a dit, c'était déjà l'argument de Domat, et c'est aussi celui de Laband et de Jellinek : les lois ne peuvent pas tout prévoir ; une loi peut être bonne en soi, dans le plus grand nombre de cas, mais il peut se présenter une espèce dans laquelle il y ait un intérêt majeur à ne la point appliquer. Sans doute, ajoute-t-on, dans les pays qui admettent la séparation des pouvoirs, le gouvernement n'a point compétence pour ne pas appliquer ou modifier une loi existante dans un cas déterminé, mais on

1. V. *supra*, chap. VI, § 7.

ne peut contester cette compétence au parlement, pouvoir législatif, agissant en la forme législative. L'objection ne nous touche point. D'abord, il n'y a point là une question de compétence d'organe : la loi, qui est le droit, lie de la même manière tous les organes de l'Etat; le parlement, non plus que le gouvernement, n'a pas le pouvoir de ne pas respecter la loi; il n'est point *lege solutus*. Quant à la raison de fait invoquée, elle n'a de valeur que dans de rares hypothèses; elle conduit à des conséquences dangereuses; elle a été le prétexte de toutes les dictatures; la loi existante doit être la limite infranchissable pour tous; telle est la garantie essentielle de l'individu contre l'arbitraire étatique[1].

A titre d'exemple, nous citerons deux décisions individuelles du parlement français, lesquelles sont certainement, à notre avis, des actes arbitraires, quoique émanées du parlement et promulguées par le chef de l'Etat, parce qu'elles ne sont pas l'application d'une loi, règle générale préexistante. L'article premier de l'acte du 22 juin 1886, dit *loi relative aux membres des familles qui ont régné sur la France*, est ainsi conçu : « Le territoire de la République française est et demeure interdit aux chefs des familles qui ont régné sur la France et à leurs héritiers directs dans l'ordre de primogéniture. » Quoi qu'en ait dit le rapporteur M. Pelletan[2], il y a bien là une décision individuelle, qui non seulement n'est l'application d'aucune loi, mais encore déclare non applicable à certaines personnes déterminées la loi

1. Nous n'entendons point au reste proscrire le travail de formation juridique, qu'accomplit en fait la jurisprudence, à la condition qu'elle reste dans les limites ingénieusement indiquées par M. Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 418 et suiv., 1900.

2. V. le rapport de M. Camille Pelletan, *Sirey*, *Lois annotées*, 1886, p. 96. — Cf. sur le caractère de l'acte du 12 juin 1886, Thon, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, dans *Archiv für öffent. Recht*, t. V, p. 161, 1890.

fondamentale sur la liberté individuelle; les personnes ne sont pas, il est vrai, nominativement désignées, mais c'étaient bien, malgré toutes les subtilités, des personnes déterminées, qui étaient exclues du territoire français; et l'expulsion faite, la décision individuelle était épuisée. Supposons que, sans une décision du parlement, le gouvernement ait spontanément déclaré exclus du territoire français les chefs des familles princières, il ne serait venu à l'idée de personne de nier qu'il y eut là un acte individuel et arbitraire, violant une loi générale; l'acte ne change pas de caractère parce qu'il émane du parlement; il reste arbitraire et illégal. Il pouvait s'expliquer par des considérations politiques; en droit, son illégalité et son caractère arbitraire sont incontestables.

Par une décision parlementaire promulguée le 22 juillet 1893, « les pouvoirs de la législature (élue au mois d'août 1893) devaient exceptionnellement durer jusqu'au 31 mai 1893 ». C'était une dérogation spéciale, faite pour un cas particulier, à l'article 16 de la loi du 30 novembre 1875, qui porte d'une manière générale : « Les députés sont élus pour quatre ans. La Chambre se renouvelle intégralement. » Cette décision du 22 juillet 1893 est essentiellement individuelle : appliquée une fois, à l'hypothèse particulière qu'elle prévoit, elle devient sans raison, elle disparaît. Dérogation individuelle à une loi, la décision est illégale quoique votée par le parlement et promulguée par le chef de l'Etat. Sans doute prise en elle-même, cette disposition n'était pas très dangereuse; mais elle ouvrait la voie à l'arbitraire; et, si une chambre a voté ainsi la prolongation d'une législature déterminée, il n'y a pas de raison qu'elle ne vote pas la prolongation de sa propre législature : alors l'arbitraire apparaîtrait ouvertement. En Angleterre, où le pouvoir du parlement est cepen-

dant considéré comme sans limite, le *Septennal act* de 1716, voté sous l'influence de Walpole, qui portait de trois à sept ans la durée de la législature de la Chambre des communes, et qui s'appliquait non seulement à toutes les législatures futures, mais encore à la Chambre même qui le votait, a été de ce chef violemment critiqué par le célèbre philosophe Priestley, et avec raison [1].

Dans les deux exemples cités, on se trouve en présence de décisions individuelles, dérogeant arbitrairement, pour des cas déterminés, à une règle générale, et ces décisions sont assurément illégales et arbitraires. Mais il ne faudrait point déclarer arbitraires des décisions du parlement, statuant, il est vrai, par voie individuelle, mais faisant alors, en forme de loi, des actes administratifs ou judiciaires en application d'une loi matérielle. On en a déjà cité quelques exemples; on peut ajouter la déclaration d'état de siège (L. 3 avril 1878), qu'on a quelquefois à tort qualifiée de mesure dictatoriale, et l'amnistie. En déclarant l'état de siège, le parlement, comme le gouvernement dans le cas où le pouvoir lui en appartient, ne font qu'exercer une compétence établie par une loi générale, leur laissant le soin d'apprécier les circonstances. Il y a là un acte administratif, qui, fait par le parlement ou le gouvernement, a toujours le même caractère. La nature de l'amnistie est plus difficile à préciser. En tout cas, le parlement, en accordant une amnistie ne viole pas une loi générale, puisqu'il ne fait qu'exercer les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi constitutionnelle du 25 février 1875, article 3, paragraphe 2. L'amnistie comme la déclaration d'état de siège sera une loi au sens formel. Mais qu'elle est la nature intrinsèque de l'amnistie? Elle n'est

1. Priestley, *on Government*, 1771, p. 20.

pas une loi au sens matériel, puisqu'elle n'est pas une disposition par voie générale. Dans la doctrine de Laband et de Jellinek, que nous avons repoussée[1], elle serait au contraire une loi matérielle, puisqu'elle touche à la sphère juridique d'un particulier. Pour nous, l'amnistie a le même caractère que la condamnation pénale, qui, dans l'opinion courante, est une décision juridictionnelle au premier chef. On a vu[2] cependant qu'on pouvait raisonnablement soutenir que les décisions en matière pénale étaient des décisions administratives, entourées, il est vrai, des garanties qui, depuis longtemps, dans toutes les sociétés civilisées, accompagnent les jugements; décisions administratives, parce qu'elles ont pour effet de créer une situation juridique subjective; l'amnistie aura le même caractère.

Nous ne parlons que de l'amnistie proprement dite, et non point de ce qu'on peut appeler l'*abolition*, d'après la terminologie de l'ancien régime, c'est-à-dire la décision en vertu de laquelle une personne déterminée, prévenue d'une infraction prévue et définie par la loi pénale, ne sera pas poursuivie, l'action publique étant déclarée éteinte à son égard. Le parlement qui vote une *abolition*, le chef de l'Etat qui la promulgue, font un acte arbitraire et illégal; aucune loi générale ne leur a accordé compétence à cet égard, et la loi constitutionnelle qui parle de l'amnistie ne prévoit que l'amnistie proprement dite. Par l'*abolition*, on décide qu'une loi en vigueur ne s'applique pas à une personne déterminée dans une espèce donnée; on viole la loi; et le parlement, même par un acte en forme de loi, ne peut pas violer la loi. Par conséquent, le vote du Sénat du 2 juin 1900, qui a approuvé le projet du gouvernement

1. V. *supra*, chap. VII, § 1.
2. *Supra*, chap. VI, § 1.

déclarant éteintes certaines actions pénales dans des affaires dites connexes de l'affaire Dreyfus, est illégal ; si cette décision était approuvée par la Chambre et promulguée par le chef de l'Etat, elle n'en resterait pas moins un acte dictatorial au premier chef.

On qualifie souvent de lois d'espèce ou de circonstance, parce qu'elles sont provoquées par une situation spéciale, des lois qui sont cependant des lois au sens matériel, de véritables dispositions générales, parce qu'elles s'appliquent non seulement à l'hypothèse qui les provoque, mais aussi à toutes les hypothèses analogues qui se présenteront plus tard. De telles décisions peuvent être des fautes politiques; en droit, elles ne peuvent être considérées comme des *non-lois*. La seule question qui se présente alors est, d'après la terminologie reçue, une question de non-rétroactivité[1]. A titre d'exemple, on peut citer la loi du 28 juillet 1894, *ayant pour objet de réprimer les menées anarchistes*, et votée après l'assassinat du président Carnot, et la loi du 1er mars 1899 (dite loi de désaisissement), rendue à propos de l'affaire Dreyfus, et qui attribue à la cour de cassation toutes chambres réunies le jugement sur la revision des procès criminels, quand une enquête a été ordonnée par la chambre criminelle. Pour cette dernière loi, la seule question de droit qui se posait était celle de savoir si elle pouvait avoir pour effet d'enlever la connaissance d'une affaire, en l'espèce l'affaire Dreyfus, à une juridiction qui en était déjà saisie avant la promulgation de la loi nouvelle.

Enfin le caractère de généralité que doit avoir toute loi matérielle n'implique pas qu'elle soit édictée pour une période de temps indéfinie. Une disposition, dont la durée d'application est limitée d'avance, peut être

1. V. *infra*, chap. VII, § 7.

une loi au sens matériel, à la condition que cette limitation de temps n'ait pas pour but véritable d'en restreindre l'application à un cas particulier. La décision reste une décision par voie générale, si elle doit s'appliquer à tous les cas, non prévus d'avance, qui pourront se présenter pendant cette période de temps. Il n'y a pas là de décision spéciale, puisque la décision ne s'épuise pas par son application dans une espèce donnée, qu'elle reste intacte après une première application, et qu'elle s'appliquera dans toutes les hypothèses similaires qui se présenteront. On a déjà dit que les lois d'impôt, telles qu'elles sont comprises en France, offrent un exemple caractéristique de loi matérielle temporaire : tout impôt n'est établi et ne peut être établi que pour un an; l'acte qui l'établit est certainement une loi au sens matériel. Il faudrait voir aussi une loi au sens matériel dans la décision qui suspendrait pendant une certaine période de temps l'application de telle ou telle loi, et même l'application de certaines dispositions légales relatives à la liberté individuelle, telles nos diverses lois de sûreté générale, par exemple la loi du 27 février 1858. Sont aussi de véritables lois, celles qui établissent un régime économique provisoire, comme la loi du 29 janvier 1881 sur la marine marchande. De pareilles décisions peuvent être impolitiques; elles peuvent même violer le droit objectif non écrit, excéder les pouvoirs qui appartiennent à l'Etat. Mais, si on les considère en elles-mêmes, quoiqu'elles soient temporaires, on ne peut leur contester le caractère de généralité et le caractère de lois matérielles. Le droit objectif dans notre conception est soumis à une perpétuelle évolution; la loi positive doit s'adapter aussi exactement que possible à cette transformation; en édictant une loi temporaire, le législateur ne fait que prévoir cette

transformation et rendre plus facile et plus sûre la transformation adéquate de la loi positive[1]. En fait, il peut en être autrement, et les gouvernants peuvent, sous couleur d'une loi temporaire, ne formuler qu'une décision individuelle : alors les principes développés précédemment devront recevoir leur application.

III

La loi est obligatoire pour tous, tant qu'elle existe, pour les gouvernants et pour les gouvernés, ou suivant la terminologie habituelle, pour l'Etat et les sujets. C'est l'idée qu'on exprime souvent en disant que la loi est impérative. Pour nous, la loi positive est impérative parce qu'elle est la constatation de la règle de droit, et que par sa nature, par son fondement, la règle de droit est impérative. Née de la solidarité sociale, elle s'impose à tous les individus enchaînés dans ces liens de solidarité auxquels ils ne peuvent se soustraire à cause de leur double nature sociale et individuelle. La règle de droit est un impératif, qui fixe le devoir

1. *Contra*, Bouvier et Jèze, article cité, *Revue critique*, 1897, p. 429, qui partent de cette idée que les « lois du domaine moral et social ont le même rôle fonctionnel que les lois du domaine physique, puisque ce sont avant tout des lois ». Nous avons déjà repoussé l'idée, fausse selon nous, d'après laquelle l'essence interne des lois juridiques et sociales est identique à celle des lois naturelles : celles-ci sont des lois de cause, celles-là des lois de but, celles-ci s'appliquent à des faits, celles-là à des volontés conscientes (V. *supra*, chap. II, §§ 1 et 2). Les mêmes auteurs reprochent à Montesquieu d'avoir dit que les lois étaient des *rapports*; les lois, disent-ils, sont des *causes* de rapports entre les choses et les êtres. A vrai dire, les lois ne sont ni des rapports, ni des causes, elles sont l'expression d'un rapport : les lois du monde physique, l'expression d'un rapport de cause, les lois sociales, l'expression d'un rapport de but.

social de chaque individu et implique chez tous un pouvoir objectif correspondant. Nous avons déjà mis en relief ce caractère impératif de la règle de droit[1], et il est inutile d'y insister à nouveau. La loi positive, dont l'essence même est d'être la formule de la règle de droit, est donc elle aussi une règle impérative, une règle obligatoire pour tous gouvernants et gouvernés.

Mais une autre question se pose : la loi positive contient-elle en outre un ordre, un commandement formulé par les gouvernants? Et, si ce commandement existe, à qui s'adresse-t-il? Le caractère impératif de la loi est incontestable[2]; mais le point est de savoir s'il y a, en outre, dans la loi positive, un ordre véritable émané des gouvernants; et, si cet ordre existe, de savoir à quelles personnes il s'adresse.

D'abord, si cet ordre des gouvernants existe réellement dans la loi positive, ce n'est pas cet ordre qui peut donner à la disposition législative son caractère impératif. La raison en est la suivante : la loi positive, on le reconnaît unanimement, seuls les défenseurs des doctrines absolutistes comme Seydel[3] le contestent et encore timidement, la loi positive est impérative pour les gouvernants comme pour les gouvernés, pour l'Etat comme pour les sujets. Or cela serait impossible si le caractère impératif de la loi avait pour cause génératrice uniquement l'ordre donné par les gouvernants, par l'Etat, que l'on admette, comme l'opinion courante, la personnalité de l'Etat, ou que l'on la nie comme nous l'avons fait. Nul ne peut se donner un ordre à lui-même, et, si la loi puisait sa force obligatoire uniquement dans l'ordre du législateur, il est de toute évidence qu'elle ne pourrait pas s'imposer à lui.

1. V. *supra*, chap. II, tout entier.
2. V. cependant *infra*, doctrine de Zitelmann.
3. Seydel, *Grundzüge*, 1873.

Il faudrait refuser le caractère de loi obligatoire à toutes les lois qui ne concernent que les gouvernants, qui, dans la théorie de la personnalité de l'Etat, ne visent que la personne Etat, comme la plupart des lois constitutionnelles et organiques, et les déclarations des droits. Il faudrait encore refuser le caractère de loi à la plupart des lois civiles, qui ne sont que des lois interprétatives. On l'a si bien compris en Allemagne que Ihering et Jellinek ont invoqué, pour résoudre la difficulté, la subtile théorie de l'Etat s'imposant à lui-même une limitation, théorie de l'*auto-limitation*, dont nous avons fait justice[1]. Ajoutons aussi qu'en rattachant la force obligatoire de la loi à un ordre émané des gouvernants, on ne comprendrait pas le caractère obligatoire de la loi résultant d'un contrat intervenu entre gouvernants et gouvernés. Jellinek dirait que ce prétendu contrat est une *Vereinbarung*[2]. Peu importe, contrat ou *Vereinbarung*, il y a des exemples nombreux de lois, qui ne résultent pas d'un acte unilatéral des gouvernants; or l'ordre est essentiellement un acte unilatéral; et cependant ces lois ne résultant pas d'un ordre des gouvernants avaient assurément le caractère obligatoire. Les hommes ont, pendant une longue période vécu sous le régime de la loi contractuelle. On a déjà montré que, dans la conception pure du régime féodal, la loi résultait toujours d'un accord entre gouvernants et gouvernés et que les dispositions législatives de la fin du IXe siècle et du Xe siècle ont toutes en Europe ce caractère contractuel. Qu'on ne dise pas que ce ne sont pas des lois, que la distinction des gouvernants et des gouvernés était effacée. Non, puisque la différenciation des forts et des faibles était alors plus nette que jamais, puisque l'idée

1. V. *supra*, chap. II, § 4.
2. V. *supra*, chap. V, § 8.

de la protection des faibles par les forts et de la fidélité due en retour par les faibles était l'idée maîtresse du système féodal et que cela est précisément l'idée fondamentale de tout gouvernement politique[1]. De nos jours encore, n'avons-nous pas des exemples de lois contractuelles? La charte de 1830 n'est-elle pas un contrat intervenu entre gouvernants et gouvernés, entre le roi gouvernant, et les sujets gouvernés représentés par les chambres ou plutôt par les quelques députés et les quelques pairs qui siégeaient en fait? En tout cas, une loi contractuelle ne répugne point à la raison; elle sera obligatoire comme une loi unilatérale; et cependant on ne pourra y voir un ordre de l'Etat.

Les raisons que nous avons fait valoir jusqu'à présent, pour établir que la loi ne tire pas sa force impérative d'un ordre législatif, sont aussi vraies dans la doctrine de l'Etat-personne que dans celle que nous défendons. Mais il va de soi qu'en niant la personnalité de l'Etat, conçu comme la collectivité personnifiée et souveraine, nous ne pouvons admettre en principe l'existence d'un ordre dans la loi. L'ordre implique chez celui qui le donne une volonté d'essence supérieure à celle de celui qui le reçoit; les gouvernants sont des individus comme les autres; en fait seulement ils sont matériellement plus forts que les gouvernés; une volonté individuelle ne peut donner un ordre à une autre volonté individuelle; les gouvernants, même par la loi, ne peuvent donner des ordres aux gouvernés[2]. En soi la loi positive n'est pas un ordre; elle est impérative parce qu'elle formule une règle de droit en soi impérative, mais non parce qu'elle contiendrait un ordre des gouvernants.

Cependant nous rappelons que la loi n'est pas seule-

1 Cf. E. Bourgeois, *le Capitulaire de Kiersy-sur-Oise*, p. 254, 1886.
2. V. le développement général de cette idée, ch. v, §§ 4 et 5.

ment une opération intellectuelle de la part du gouvernant, qu'elle est aussi un acte de volonté : le gouvernant non seulement constate le droit objectif, mais il veut qu'il soit appliqué. Ce n'est pas cet acte de volonté qui le rend obligatoire ; mais l'acte de volonté n'en existe pas moins. La loi n'est pas seulement un jugement au sens logique, elle est aussi une manifestation volontaire des gouvernants[1]. D'autre part, il arrive souvent, le plus souvent même, que dans la loi positive le gouvernant ne se borne pas à constater une règle de droit et à en vouloir l'application, il prend en outre des mesures, il construit un système pour assurer dans la mesure du possible l'obéissance à la loi, en organisant des moyens destinés à en prévenir et à en réprimer la violation. Il y a ainsi, dans la plupart des lois positives, une série de dispositions, qui ne sont plus la constatation d'une règle de droit, mais qui ont pour but d'organiser les mesures propres à assurer l'application de la loi. Nous appellerons cette partie de la loi, à défaut d'autre nom, la partie *constructive* de la loi, par opposition à la partie de la loi, qui se borne à constater implicitement ou expressément la règle de droit impérative, que nous appellerons la partie *normative* de la loi ou simplement la *norme*[2]. La partie constructive n'est pas un élément nécessaire de la loi positive, qui reste toujours essentiellement la constatation d'une règle de droit impérative par elle-même. L'essence de la loi se réduit à la norme, c'est-à-dire à la formule d'une règle de droit, que constate le gouvernant et dont il veut l'application. Nous avons rencontré déjà

1. V. *supra*, chap. VI, § 4.
2. Nous empruntons l'expression à Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, t. I, 2e éd., 1890. — Cf. Anschütz, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz*, p. 11 (Dissertation inaugurale, Halle), 1891.

beaucoup de dispositions, qui ne sont que des normes et qui n'en sont pas moins des lois véritables, par exemple les déclarations des droits, toutes les dispositions où le législateur se borne à formuler un principe, toutes les lois que les interprètes du droit romain qualifient de *leges imperfectæ*. Mais le plus grand nombre des lois modernes contiennent une partie constructive, qui est ainsi, non pas un élément essentiel, mais un élément habituel de la loi, et qui souvent, pour un observateur superficiel, cache, absorbe même la norme législative. En y regardant de près, on constate que derrière toute construction législative il y a une norme, une règle de droit, qui n'est parfois qu'implicitement constatée, mais qui existe toujours. Si cette norme fait défaut, il n'y a pas de loi ; toute la construction est œuvre artificielle, vaine et arbitraire.

La partie constructive, à la différence de la norme, contient-elle un ordre du législateur? Oui peut-être. Mais l'ordre ne s'adresse alors qu'aux seuls agents de l'Etat. L'ordre qui ne se conçoit pas, adressé par les gouvernants aux gouvernés, est-il rationnellement concevable adressé par les gouvernants à leurs agents? Question délicate et que nous ne pouvons pas approfondir ici. Pour la résoudre, en effet, il faudrait étudier à fond la notion moderne de l'organisation politique, administrative et judiciaire, la situation des agents étatiques, le caractère juridique de leur nomination, le rapport qui naît entre les gouvernants et leurs agents. Toutes ces questions formeront, nous l'espérons, l'objet d'un second volume. Sous cette réserve, nous pourrons cependant conclure sur la question posée.

L'élément essentiel de la loi positive est la norme législative ; c'est ce qui fait la loi, et il n'y a loi que lorsqu'une disposition, émanée des gouvernants, contient au moins implicitement une norme. Cette norme

est une règle de droit objectif, constatée et voulue par les gouvernants. Cette norme est impérative, non point parce qu'elle est voulue par les gouvernants, non point parce qu'il y aurait un ordre formulé par les gouvernants, mais simplement parce que la règle de droit qu'elle constate est en soi impérative. S'il y a un ordre dans la loi, il ne peut exister que dans la partie constructive, élément habituel, mais contingent de la loi positive; et si, cet ordre existe, il ne s'adresse point aux gouvernés, les gouvernants n'ont pas le pouvoir de commander aux gouvernés, il ne peut s'adresser qu'aux seuls agents des gouvernants, dans des conditions que nous essaierons de déterminer plus tard et qui se rattachent plutôt à l'art politique qu'à la science juridique.

Il nous reste à montrer quelques applications de cette idée; mais, avant de le faire, nous devons examiner certaines théories dont l'étude critique nous permettra de préciser et de confirmer notre distinction.

La question de l'ordre dans la loi a été peu étudiée en France. Les meilleurs auteurs se bornent à dire que la loi est une règle sociale, établie en permanence par l'autorité publique et sanctionnée par la force[1], ou bien qu'elle est une règle qui ne se rattache à aucune prescription antérieure comme mesure d'exécution[2]. On ne va pas plus loin. Au contraire, en Allemagne, la question de l'ordre dans la loi a été longuement et savamment discutée; elle a donné lieu à diverses théories, entremêlées de vrai et de faux, mais toutes ingénieuses. Il est impossible de les passer toutes en revue; il suffira d'indiquer les deux doctrines types et contraires de Zitelmann et de Laband.

1. Planiol, *Droit civil*, p. 53, 1900.
2. Artur, article cité, *Revue du droit public*, 1900, t. I, p. 219.

La doctrine de Zitelmann[1] repose sur une idée générale que nous acceptons, sur laquelle nous nous sommes déjà expliqué, et sur laquelle nous reviendrons[2]. D'après cet auteur, tout effet de droit est produit par un acte de volonté individuelle; l'effet, qui se produit à la suite d'un acte juridique, n'a point pour cause génératrice la loi, mais la volonté des parties faisant l'acte juridique. La loi positive ne contient donc pas à vrai dire d'ordre, de concession de droit, de création d'obligation; elle est seulement un jugement hypothétique général; elle affirme que tel effet se produira si telle cause intervient; la cause est ici l'acte juridique, et il est aussi la condition qui donne le caractère hypothétique au jugement contenu dans la loi, jugement au sens logique, c'est-à-dire affirmation d'un rapport; et ce rapport affirmé dans la loi est un rapport causal. « La loi, dit Zitlemann, la loi naturelle comme la loi juridique, n'est jamais une cause d'un effet naturel ou juridique, car elle survit à la cause comme à l'effet et n'est autre chose que le rapport de causalité entre deux effets, ou, si on la conçoit personnifiée, que la puissance qui fait de deux effets l'un la cause de l'autre, qui établit le rapport (causal) entre deux effets[3]. » Le même mot *loi*, ajoute Zitelmann, a certainement le même sens, au point de vue de la nature et au point de vue du droit; or les lois de la nature, que nous formulons, ne sont que des jugements hypothétiques généraux, l'affirmation d'un rapport causal, l'affirmation que, si telle cause se produit, tel effet se réalisera. Il en est exactement de même pour les lois juridiques. La loi de la nature n'a pas de réa-

1. Zitelmann, *Irrthum und Rechtsgeschäft*, particulièrement p. 202 et suiv., 1879.

2. V. *supra*, chap. III, tout entier, et *infra*, chap. VII, §§ 6 et 7.

3. Zitelmann, *loc. cit.*, p. 202. — Cf. une idée analogue, Rosin, *Polizeiverordnungen*, p. 3.

lité; elle est quelque chose d'idéal; il en est de même de la loi juridique; elle est un jugement; or un jugement peut constater un rapport existant déjà, il ne peut créer ce rapport. Si nous donnons par la pensée, dit Zitelmann, une réalité aux rapports juridiques, c'est par une autre illusion, nécessitée par les besoins pratiques; mais les lois juridiques n'ont pas de réalité en soi pas plus que les lois physiques; il n'y a de réalité que lorsqu'il y a un fait, et ce fait, c'est l'*Handlung*, l'acte de la volonté individuelle. « Le droit objectif, conclut Zitelmann, est toujours seulement une forme de l'activité (de la pensée); quand l'état de fait correspondant à l'effet idéal (que conçoit le droit objectif) n'est pas réalisé, le droit objectif peut créer un nouvel effet de droit idéal, c'est-à-dire déclarer l'application ou la non-application de certaines autres règles, et ainsi de suite; mais finalement il reste toujours un résidu concret où le droit objectif ne peut rien par lui-même; alors un acte sauveur doit toujours venir en aide au droit pour sa réalisation, le droit finissant avec sa propre force [1]. »

Ainsi, dans la doctrine de Zitelmann, le droit objectif n'a point de réalité; seul l'acte de volonté individuelle possède une réalité; la loi positive n'est que la constatation du rapport existant entre cet acte et certains effets qui en dérivent; et ainsi non seulement elle ne contient pas un ordre de l'Etat, mais elle n'est même pas une règle impérative.

Cette théorie a provoqué en Allemagne de nombreuses réfutations, dont quelques-unes très vives [2].

1. Zitelmann, *loc. cit.*, p. 208.

2. Schlossmann, *Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht* de Grünhut, t. VII, p. 550, 1880 (long article critique, souvent violent, du livre de Zitelmann, *Irrthum und Rechtsgeschäft*); — Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, t. II, p. 12, 1883; — Seligmann, *Der Begriff des Gesetzes*, p. 2, 1886.

La doctrine, en effet, ne saurait être admise. L'erreur de Zitelmann est d'assimiler les lois juridiques aux lois naturelles. Les lois naturelles ne sont que l'expression des rapports de cause à effet, existant entre des faits inconscients ; les lois juridiques sont une règle de conduite s'imposant à des volontés conscientes. Transporter la notion de loi du monde physique dans le monde social, c'est donc commettre une erreur complète. Les lois sociales qui s'appliquent à des volontés conscientes sont des lois de but et non des lois de cause, comme l'a bien montré Ihering[1]. Une loi sociale est donc une règle des volontés conscientes, imposant à celles-ci certains actes ou certaines abstentions, et en ce sens précisément elle est une règle impérative. D'autre part, s'il nous paraît certain que le caractère impératif de la loi dérive seulement du caractère impératif du droit objectif qu'elle constate, il n'en est pas moins certain que toute loi positive implique un acte de volonté gouvernante. Le gouvernant constate que telle chose est le droit ; il accomplit une opération intellectuelle, il formule un jugement au sens logique ; mais il accomplit en même temps une volition ; il veut que telle règle soit appliquée comme règle de droit. En disant donc que la loi positive n'est qu'un jugement au sens logique, on n'aperçoit qu'un des éléments de la loi positive ; on néglige l'élément volonté qui est essentiel et qui apparaît dans toute œuvre sociale. « Quel pauvre droit, écrit Schlossmann, que celui dont toute la fonction consiste dans l'établissement d'une série de jugements hypothétiques et qui, privé de toute puissance, est protégé contre la banqueroute par un ange sauveur, celui qui agit[2]. »

1. Ihering. *Der Zweck im Recht*, t. I, p. 4 et suiv., 1877. — Cf. *supra*, chap. II, §§ 1-3.
2. Schlossmann, article cité, *Zeitschrift* de Grünhut, t. VII, p. 552, 1880.

La théorie dominante voit, à la différence de Zitelmann, toujours dans la loi, un ordre provenant de la volonté étatique ; elle trouve son expression la plus précise et la plus nette dans l'ouvrage de Laband. Et cependant le célèbre professeur ne se met-il pas en contradiction avec lui-même ? On a vu, en effet[1], que distinguant la loi et l'administration, Laband déclare que la loi est un jugement au sens logique, et que l'administration est essentiellement action volontaire de l'Etat. Mais laissons cela. Dans la partie de son ouvrage où Laband expose la théorie de la loi, il enseigne ceci : La loi est l'établissement d'une règle ; d'après cela, il n'est pas suffisant qu'une règle de droit soit formulée, il faut en outre qu'elle soit déclarée obligatoire ; la volonté se manifestant dans la loi est toujours l'ordre d'obéir à la règle de droit contenue dans la loi. Dans toute loi, il y a, par suite, à distinguer deux parties : la règle de droit formulée dans la loi et la force obligatoire qui l'accompagne, le contenu de la loi et l'ordre de la loi. « La réalité spécifique de la puissance étatique se manifeste seulement dans la sanction de la loi, dans le fait de conférer à une règle de droit une force obligatoire[2]. » Il n'y a donc point de loi, dans la pensée de Laband, sans un ordre donné par l'Etat d'obéir à la règle de droit. Au reste, l'auteur revient à diverses reprises sur la même idée dans plusieurs passages de son grand ouvrage. La loi impliquant un ordre, dit-il, comme l'Etat ne peut pas se donner un ordre à lui-même, on ne peut voir une loi au sens matériel dans la décision étatique dont l'effet se restreint à l'intérieur de l'*apparat* étatique ; il n'y aura là que des décisions administratives[3]. Laband précise encore mieux sa pen-

1. *Supra*, chap. VI, § 4.
2. Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 488, 3e édit., 1895.
3. Laband, *loc. cit.*, t. I, p. 643.

sée dans une note[1] où il répond à la théorie de Binding[2] sur la loi pénale : il explique qu'il ne veut point dire qu'une répression pénale est essentielle pour qu'il y ait un ordre législatif, que même une *lex imperfecta* peut contenir une prescription juridique, être véritablement une loi, que, par exemple, les dispositions de la constitution s'adressant à l'empereur sont des règles de droit, aussi bien que les dispositions du Code de commerce sur les obligations des négociants, quoiqu'elles n'aient aucune sanction directe. Mais la norme, la règle générale conçue d'après l'observation des faits sociaux n'est pas en soi une règle de droit, même si l'Etat la formule; en la formulant comme telle, il ne lui donne pas le caractère de loi; l'Etat ne lui donne le caractère de loi qu'en la formulant comme étant un ordre s'imposant par sa volonté aux individus sous une sanction directe ou au moins indirecte.

Nous ne sommes pas éloigné de croire qu'en exposant cette théorie de la loi Laband a été bien moins dirigé par une étude approfondie de la nature interne de la loi que par le désir de démontrer, à l'aide de raisons juridiques, que l'empereur allemand qui promulgue la loi et formule l'ordre d'obéir à la loi est le véritable titulaire du pouvoir législatif, que ce n'est point le Reichstag. Mais, quoi qu'il en soit, Laband voit bien dans l'ordre donné par l'Etat l'élément essentiel, le critérium exclusif de la loi, et la même doctrine est enseignée par Jellinek[3]. Elle est ainsi diamétralement opposée à notre conception. Nous avons déjà montré comment il est impossible que l'Etat formule un ordre s'adressant à des particuliers, puisque l'Etat

1. Laband, *loc. cit.*, t. I, p. 430, note 1.
2. Cf. Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, t. I, p. 66, 2e édit., 1890. — V. *infra*, chap. VII, § 4.
3. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 314, 1887.

ne se compose réellement que d'individus, et que l'individu ne peut pas commander à un autre individu; qu'avec cette théorie on est conduit à refuser le caractère de loi à des décisions qui sont certainement des lois, et qu'enfin, s'il y a un ordre dans la loi, cet ordre ne peut être adressé qu'aux agents du gouvernement, et se trouve contenu exclusivement dans la partie constructive de la loi. Cela va s'éclairer par quelques applications de cette distinction entre la norme et la construction législative.

IV

Gierke écrit : « L'ordre législatif ne se détache pas d'une manière *formalistique* de l'établissement de la règle de droit, car ce qui le rend *ordre législatif*, c'est simplement la nature de son contenu en tant que règle de droit, de laquelle il se déduit sans plus, et la règle de droit au contraire contient au-dedans d'elle-même l'ordre législatif, comme élément législatif, puisqu'on ne peut pas vouloir que quelque chose soit droit sans vouloir en même temps que ce quelque chose ait la force obligatoire[1]. » Sous cette forme un peu abstraite, Gierke exprime bien notre conception de la norme législative. Les lois positives modernes, par suite de l'augmentation croissante des fonctions de l'Etat, par suite de la complexité extrême de l'organisation politique et sociale des grands Etats modernes, nous apparaissent comme un système compliqué d'ordres et de défenses, de concessions ou de permissions, de mesures préventives ou

1. Gierke, *Jahrbücher* de Schmoller, t. VII, p. 1174; — Rap. Gierke, *Zeitschrift* de Grünhut, t. VI, p. 229; — Schulze, *Deutsches Staatsrecht*, t. I, p. 527.

répressives, de pénalités et de nullités. Mais, malgré cette complexité, malgré ces ordres, ces défenses, ces concessions, ces pénalités, ces nullités, derrière toute loi il y a une règle de droit, que le législateur formule expressément ou que le plus souvent il suppose reconnue. C'est la norme de la loi, et c'est l'essence même de la loi. Le législateur veut que cette norme soit obéie ; mais elle est impérative par elle-même ; elle s'impose au législateur comme aux individus ; elle seule justifie les mesures d'exécution prises par le législateur. Cette conception rend compte de beaucoup de choses, qui sont inexplicables avec la notion ordinaire de l'ordre législatif.

En fait le plus souvent, les lois positives ne constatent qu'implicitement la règle de droit qui leur sert de support, de fondement ; ce qui apparaît surtout, c'est la partie constructive de la législation, et c'est cette partie constructive, de beaucoup la plus considérable, qui fait passer souvent inaperçue la norme juridique, laquelle existe toujours cependant avec son caractère obligatoire. Mais en fait, il y a aussi dans toutes les législations, et particulièrement dans la législation française, des dispositions qui ne sont que la constatation pure et simple d'une règle de droit, et où l'ordre formulé par le législateur n'apparaît nullement, où même cet ordre ne peut pas se concevoir, parce que la loi s'adresse exclusivement au législateur, à l'Etat lui-même. Logiques avec leur point de départ, les auteurs, qui affirment que l'essence de la loi consiste dans l'ordre du législateur, sont obligés de dire avec Seligmann : « Une loi qui ne contient ni un ordre, ni une défense, doit être désignée comme loi formelle[1] .» On veut dire par là que toute disposition,

1. Seligmann, *Der Begriff des Gesetzes*, p. 10, 1886. — Formule analogue dans Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 541.

qui se borne à constater une règle de droit, sans contenir un ordre exprès du législateur positif, n'est qu'une loi formelle. Il faudrait affirmer par conséquent que toutes nos Déclarations des droits ne sont pas des lois positives au sens matériel. Nous avons là des dispositions très caractéristiques, qui ne contiennent que la constatation d'une norme sans partie constructive surajoutée. De pareilles dispositions ne seraient donc pas des lois; et, lorsque la constitution de 1791 (titre I, § 3) déclare : « Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle... », cette disposition ne pourrait être une loi au sens matériel. D'ordre de l'Etat, il ne peut pas y en avoir là. L'Etat constate une règle qui s'impose à lui-même, qui le limite dans son action ; on ne peut pas se donner des ordres à soi-même; l'Etat ne peut se donner des ordres à lui-même. L'impossibilité apparaît dans la conception admise par nous, qui nions la personnalité une de l'Etat; mais cependant, à la rigueur, on pourrait concevoir que dans les dispositions rapportées il y a un ordre d'un gouvernant plus puissant que les autres adressé à d'autres gouvernants. On pourrait aussi, et telle a été peut-être même l'idée dominante en 1789-1791, y voir un contrat intervenant entre gouvernants et gouvernés et établissant la limitation qui s'impose à l'action des gouvernants. Ces essais d'explications sont inutiles avec la notion de la norme législative. En tout cas, ils sont totalement impossibles dans la doctrine de l'Etat-personne. L'Etat constitue une personnalité une et souveraine, ayant le pouvoir de commander à ses sujets; toute loi est un ordre donné par une volonté supérieure à une volonté subordonnée ; donc il est impossible qu'une disposition qui émane de l'Etat et qui s'adresse à l'Etat lui-même contienne un ordre et soit une loi au sens matériel.

Laband et Seligmann ne reculent pas devant une pareille conséquence. Ainsi toutes les Déclarations des droits de 1789, de 1793, de l'an III, toutes les dispositions de nos diverses constitutions qui rappellent et confirment les principes de 1789, le préambule de la constitution de 1848, ne seraient point des lois; elles seraient l'acte d'un législateur philosophe de même nature que le fait d'un théoricien qui formule une proposition philosophique ou morale. Nous ne saurions admettre une pareille conséquence. Nos Déclarations des droits sont bien des lois au sens matériel, et les plus importantes, les plus solennelles de nos lois ; elles constatent des normes, des règles impératives par elles-mêmes, s'imposant directement aux gouvernants, et rien de plus ; mais cela suffit pour qu'elles soient des lois matérielles.

On a quelquefois tenté d'expliquer le caractère des déclarations de droits, des lois constitutionnelles et des lois organiques, qui ne paraissent s'adresser qu'à l'Etat, en disant qu'elles contiennent bien un ordre, lequel est en réalité donné aux individus qui composent les différents organes de l'Etat, que par exemple la disposition de la constitution de 1791 : « Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui... » contient véritablement un ordre qui s'adresse aux individus composant le corps législatif. Dans la doctrine de l'Etat, personne une et souveraine, cette explication est inadmissible. Effectivement les individus composant les divers organes de l'Etat ne sont rien par eux-mêmes ; l'organe lui-même n'est rien, il n'est que l'instrument d'action de l'Etat. Ce ne sont pas les membres du parlement qui font la loi, ce n'est même pas le parlement; c'est l'Etat qui fait la loi par cet organe qui s'appelle le parlement. Ce n'est pas le chef de l'Etat, ce ne sont pas les organes administratifs et

judiciaires qui administrent ou jugent, c'est toujours uniquement l'Etat agissant encore par le moyen de ces divers organes [1]. Telle était certainement la pensée des rédacteurs de la constitution de 1791. Donc, quand un texte défend à tel organe étatique, au parlement par exemple, de faire telle ou telle chose, c'est bien à l'Etat lui-même que s'adresse la défense, et, pour que ce texte fût une loi au sens matériel, il faudrait bien admettre que l'Etat pût se donner un ordre à lui-même ; ce qui est impossible. Au reste l'explication proposée est certainement inadmissible en ce qui concerne les déclarations des droits, qui s'adressent toujours directement à l'Etat lui-même, pris en entier, et non point à tel ou tel organe.

En dehors des déclarations des droits et de certaines dispositions des constitutions, beaucoup de textes législatifs, en France et à l'étranger, ne contiennent que la simple constatation d'une règle, sans qu'il y apparaisse un ordre formulé par l'Etat, des mesures organisées pour assurer l'application de cette règle. On peut désigner toutes ces dispositions du nom, passé dans la langue du droit, de *leges imperfectæ*, en prenant la disposition en elle-même et en considérant qu'elle ne contient aucun commandement destiné à assurer effectivement sa réalisation. Pour ne parler que du Code civil français, nous citerons l'article 544, qui définit le droit de propriété « le droit de disposer et de jouir des choses de la manière la plus absolue » ; les articles 551 et 552, qui tirent certaines conséquences de ce principe ; l'article 574, qui définit l'usufruit ; l'article 1382, qui déclare que toute personne qui cause un dommage à autrui est obligée de le réparer. Considérées en elles-mêmes, ces dispositions ne sont que

1. Jellinek, *System der subjektiven Rechte*, p. 212 et suiv., et *Allgemeine Staatslehre*, p. 512 et suiv.

des affirmations de principe; on n'y voit point d'ordre adressé par l'Etat; peut-être, à la rigueur, aperçoit-on l'ordre dans l'article 1382; mais ce texte n'aurait pas été inscrit dans le Code civil que la règle qu'il contient n'en aurait pas moins existé avec le caractère impératif. Ces textes ne seraient pas des lois au sens matériel, et ils n'auraient pas le même caractère que les autres dispositions du Code! On arriverait à cette conséquence absurde que dans un même Code tous les articles n'auraient pas le même caractère. A la rigueur, ce serait possible; mais il faudrait le démontrer; on ne le démontre pas; et nous croyons même démontrer le contraire. Sans doute on peut soutenir qu'il est inutile, dans une législation positive bien faite, de constater ainsi purement et simplement certaines règles de droit; sans doute on peut dire que le législateur positif doit simplement ordonner les mesures générales propres à assurer la réalisation pratique de ces règles de droit, d'autant plus que, de deux choses l'une, ou elles existent, et alors le législateur, en les constatant, n'y ajoute rien, ou elles n'existent pas, et le législateur fait alors une constatation erronnée et sans valeur. La critique peut être juste. Nous estimons cependant que le législateur fait bien de constater parfois expressément certaines règles; elles naissent de la solidarité sociale, mais la conscience peut en être obscure; et ses représentations trouvent alors leur expression précise et progressive dans un texte de loi positive. Au surplus, là n'est pas la question. Une disposition législative, qui constate purement et simplement un principe de droit, sans organiser les mesures destinées à en assurer la sanction, est-elle une loi matérielle? A notre avis, on n'en saurait douter.

Cette idée rend compte aussi d'un autre fait, totalement inexplicable dans la théorie de l'ordre législatif. Les doc-

trines de Savigny et de Puchta [1], sur la formation exclusivement coutumière du droit, sont aujourd'hui généralement abandonnées. A beaucoup d'égards, elles se rapprochent de la doctrine que nous avons exposée; mais les chefs de l'école historique ont eu le tort de ne pas apercevoir le rôle de la législation constructive et le contre-coup que, par action réflexe, elle exerce sur la formation spontanée du droit, comme nous essaierons de le montrer au paragraphe suivant. Quoi qu'il en soit, il est difficile de nier la formation par l'usage de règles s'imposant à tous avec une force obligatoire; il est difficile de contester que les meilleures lois positives soient celles qui constatent des usages. On discute seulement sur la cause génératrice de la force obligatoire des règles coutumières. On l'explique souvent par l'ordre tacite donné par la conscience nationale : et, avec cette conception, la force obligatoire du droit coutumier aurait la même cause efficiente que celle du droit écrit, la volonté nationale, là tacitement exprimée, ici expressément formulée dans un texte de loi [2]. Pour nous, la règle de droit a toujours le même fondement, la solidarité sociale, et ce n'est pas la coutume qui lui donne sa force obligatoire, pas plus que l'acte du législateur ne donne au droit objectif son caractère impératif. Toute règle de droit non écrite n'est pas encore une règle coutumière. Elle ne le devient que lorsqu'elle est passée dans la conscience claire et unanime du peuple. Ce fait que la règle de droit est passée dans la conscience claire et unanime du peuple lui donne le caractère de règle coutumière, c'est-à-dire de règle connue de tous, incontestée; mais ce n'est pas ce

1. Savigny, *Von Beruf userer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1re édit., 1814; — Puchta, *das Gewohnheitsrecht*, t. I, 1828; t. II, 1837.
2. Cf. Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 276, 1900, et toute la bibliographie donnée par l'auteur.

fait de conscience claire et unanime qui crée la règle de droit. Elle existe en soi sur le fondement de la solidarité sociale, avant même que personne en ait conscience. Et du jour où quelques individus, plus clairvoyants que les autres, auront conscience de l'état social et de la règle de droit qui y correspond, du jour où cette règle aura pénétré la conscience des gouvernants, elle pourra, elle devra être constatée dans la loi positive sans passer par la phase coutumière. La coutume n'est pas un stade nécessaire de l'évolution du droit; elle est un stade contingent; c'est ce que n'avait pas compris l'école historique; la coutume ne crée pas le droit; elle en est la constatation, constatation que nous saisissons dans les décisions de justice, dans les solutions données par les jurisconsultes, mais simple constatation; et la règle de droit peut trouver son expression directe dans la loi positive sans passer par l'intermédiaire de la coutume.

Quoi qu'il en soit de tout cela, malgré la tendance actuelle de la doctrine allemande, il nous paraît incontestable que beaucoup de règles de droit ont trouvé à une certaine époque et trouvent encore de nos jours leur expression dans la coutume, qu'une règle de droit, consacrée par la coutume, a pour une raison ou une autre une force obligatoire dans toute matière non réglée par le droit écrit. Le droit civil moderne, le droit commercial et surtout le droit public offrent de nombreux exemples de règles coutumières obligatoires, impératives. Cela posé qu'on imagine, comme cela se produit souvent, que le législateur positif intervienne et constate dans une loi écrite une règle déjà consacrée par la coutume. On ne peut pas dire que le législateur donne par son ordre force obligatoire à cette règle coutumière, qui avait déjà, d'un aveu presque unanime, un caractère impératif;

on ne voit pas d'ordre de l'Etat, puisque l'impératif existait déjà. La loi positive en pareille hypothèse n'est point un ordre; elle n'est et ne peut être que la simple constatation d'une règle de droit reconnue et déjà obligatoire. Voilà donc encore une disposition législative où l'ordre n'apparaît pas; et si, l'on définit la loi un ordre donné par le législateur, il est impossible de voir dans une semblable disposition une loi au sens matériel. Voilà la plupart des législations amputées de ce qui constitue assurément leur meilleure part. Laband a bien compris l'objection qui s'élevait ainsi contre sa théorie. Il se borne à dire : « Cette distinction (entre le contenu de la loi et l'ordre obligatoire, lequel dans sa théorie constitue le caractère essentiel de la loi) ne peut être transportée dans un domaine, avec lequel elle n'a aucun rapport, c'est-à-dire l'importance de la loi comme source du droit, son rapport avec la conscience juridique du peuple..., et cette distinction est de *droit public* et ne touche pas à l'essence juridique de la loi comme source du droit [1]. » Cet isolement, dans lequel Laband veut confiner ainsi le droit public, nous paraît tout à fait arbitraire. De plus, le rôle de la science du droit public nous paraît être précisément de déterminer l'essence interne de la loi et, pour employer l'expression de l'auteur, sa nature comme source du droit. Nous ne comprenons guère cette notion d'une loi, qui aurait en droit public un certain caractère, et qui aurait une nature différente, quand on la considère comme source du droit. La loi au sens matériel possède un certain caractère, qui doit être toujours le même. Nous persistons à y voir essentiellement la constatation d'une règle de droit, obligatoire par elle-même, et non pas impérative en vertu d'un ordre du législateur, ordre

1. Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 492, note 2, 3e édit., 1895.

qui souvent n'apparaît pas en fait, et qui en droit est toujours impossible et impuissant.

V

Mais il est certain que la plupart des lois modernes contiennent non seulement la constatation expresse ou tacite d'une règle de droit, mais ce que nous appelons une partie *constructive*, c'est-à-dire un ensemble de mesures prises par voie générale et destinées à assurer la réalisation de la règle de droit. Ce sont des dispositions *artificielles* en ce sens qu'elles sont une création du législateur, qu'elles sont dues à ce qu'on peut appeler l'art législatif. Les dispositions constructives peuvent se ramener à trois chefs généraux. Elles comprennent : 1° Les règles d'après lesquelles les titulaires d'un pouvoir objectif peuvent intervenir pour exercer ce pouvoir et créer dans les limites de ce pouvoir une situation juridique subjective, que les titulaires de ce pouvoir objectif soient de simples particuliers, qu'ils soient les gouvernants ou leurs agents ; 2° les règles suivant lesquelles particulièrement les agents de l'Etat, et notamment les agents de juridiction, doivent statuer sur les espèces qui leur sont soumises ; 3° les règles suivant lesquelles la force publique devra intervenir pour assurer la réalisation, par la contrainte, de l'effet voulu et reconnu légitimement voulu. Ces propositions se préciseront plus loin à l'aide de quelques exemples.

Les dispositions constructives constituent assurément des lois au sens matériel, mais cela à trois conditions : 1° Il faut qu'elles aient pour support une règle de droit tacitement ou expressément constatée, et dont elles

aient pour but d'assurer le respect ; peu importe qu'elle soit constatée dans la même loi ou dans une autre loi. Ces dispositions, considérées en elles-mêmes, n'ont aucune valeur, quelle que soit l'autorité gouvernante qui les édicte. Elles n'ont d'autre but que d'assurer l'application du droit, et elles ne sont légitimes que lorsqu'elles ont pour fondement et pour but cette sanction positive d'une règle de droit. 2° Il faut que ces dispositions soient formulées par voie générale et non par voie individuelle ; le caractère de généralité est essentiel à toute loi ; on l'a démontré par la formation historique de cette notion ; d'autre part, comme la législation constructive ne peut se légitimer que par son lien direct avec une règle de droit, elle doit avoir évidemment le même caractère et la même étendue. Cela ne serait point, si la règle constructive n'était qu'une disposition individuelle. Enfin l'élément de généralité est la sauvegarde par excellence de l'individu contre l'arbitraire de l'Etat ; cette sauvegarde doit exister aussi bien pour la construction juridique que pour la norme législative. 3° Il faut que les mesures organisées ne soient pas, prises en elles-mêmes, contraires au droit, et n'excèdent pas les pouvoirs de l'Etat tels qu'ils sont déterminés par le droit. Il apparaît que les gouvernants outrepasseraient leur pouvoir juridique si, pour assurer la réalisation d'une règle qu'on suppose une règle de droit, ils prenaient des mesures qui, elles, violent le droit ; si par exemple, pour réprimer les violations de la règle de droit certaine qui prohibe le meurtre, ils établissaient des peines d'une cruauté inutile.

La partie constructive de la loi est artificielle. Elle est due à l'art politique, qui détermine les meilleurs procédés, ceux qui répondent le mieux à l'esprit, au caractère des individus, à l'état économique, au climat, à la situation géographique d'un pays donné. Il y a une

infinité de facteurs d'ordres divers qu'on ne peut rappeler ici que d'un mot, facteurs d'autant plus complexes que la civilisation est plus avancée, facteurs dont doit tenir compte le législateur. Il s'inspirera utilement des exemples fournis par les pays étrangers, des études d'économie politique et de technique juridique; il devra chaque jour perfectionner son œuvre, mais agir en même temps avec une extrême sagesse et une grande circonspection, en n'oubliant pas que l'agitation n'est pas le progrès, et que d'incessantes réformes n'aboutissent souvent qu'à une régression, et quelquefois même à l'anarchie.

La législation constructive est donc une œuvre technique, produit de l'art voulu et conscient du législateur. Mais en même temps, et par cela même qu'elle est un acte de volonté individuelle, elle devient un fait social, un élément de l'évolution générale, un facteur de la solidarité sociale. Elle est une manifestation de l'activité individuelle; or nous avons montré que toute manifestation de l'activité individuelle était un élément de la solidarité par division du travail[1]; donc les actes de législation constructive deviennent ainsi des faits sociaux, éléments de la solidarité sociale. Comme, d'autre part, le droit objectif a pour fondement même cette solidarité sociale, la technique législative devient un élément essentiel de la formation et du développement du droit. Mais qu'on le remarque bien, si la technique législative est ainsi un élément de formation du droit, ce n'est point parce que, en l'organisant, le législateur crée le droit. Non, il ne le crée pas, ne peut pas le créer. Il peut et il doit travailler à le réaliser. Il possède une force qu'il doit mettre au service du droit; il prend pour cela certaines mesures, qui

1. V. *supra*, chap. I, §§ 3 et 4.

ne deviennent point par le fait de l'intervention du législateur des règles de droit ; mais cette intervention, manifestation d'une volonté individuelle, facteur de la solidarité sociale, est en même temps et par là même facteur du droit. Facteur puissant, parce que cette intervention voulue du législateur se présente avec un caractère de permanence et de répétition qui n'apparaît point au même degré dans les manifestations individuelles des gouvernés. Voilà pourquoi, le droit d'une époque ne peut être assurément compris que si l'on connaît bien toute la partie technique et constructive des législations positives ; voilà pourquoi la loi positive en toutes ses parties devient un élément d'observation de premier ordre pour le juriste sociologue ; voilà pourquoi en même temps la technique législative suit fidèlement à l'insu même du législateur, qui en est cependant le créateur, une tendance générale, conforme aux transformations sociales, et pourquoi, comme toute œuvre d'art individuelle, elle est à la fois l'agent et le produit de l'évolution des sociétés. Cette pénétration profonde de la technique juridique et du droit proprement dit a été mis en relief par Ihering d'une manière définitive dans son livre célèbre l'*Esprit du droit romain*[1]. L'école historique représentée par Savigny et Puchta ne l'avait pas suffisamment aperçue.

Mais, sans insister davantage sur ce point, qui peut être considéré comme acquis à la science, il importe de se demander quel est le caractère interne de ces dispositions constructives ? Peut-on dire d'elles qu'elles contiennent véritablement un ordre, un impératif formulé par le législateur. A la rigueur, on pourrait sou-

1. V. Particulièrement, t. III, surtout p. 3-48, trad. Meulenaere, sur la 3ᵉ édition allemande, 1877.

tenir que non et affirmer que leur force obligatoire se rattache tout entière à la règle de droit, dont elles n'ont d'autre but que d'assurer la sanction. On conçoit très bien que, si la règle de droit est obligatoire par elle-même, les dispositions techniques, qui viennent la compléter, qui déterminent l'emploi de la force pour en assurer le respect, trouvent leur valeur impérative dans l'impératif même de cette règle de droit. Et cela se concilie parfaitement avec ce qui était dit précédemment : la partie constructive de la législation a pour cause efficiente et pour mesure la norme juridique qui lui sert de support, par conséquent elle est obligatoire parce que cette norme est obligatoire, et dans la mesure où elle l'est elle-même. Cependant, en fait, le plus souvent l'intention du législateur est certainement de formuler un commandement; cela ressort des termes mêmes employés dans les dispositions législatives. Mais à qui ce commandement s'adresse-t-il et peut-il s'adresser? Nous avons déjà démontré qu'il ne pouvait pas s'adresser aux particuliers, et qu'adressé aux particuliers ce commandement serait sans valeur. Il reste donc que le commandement soit adressé aux agents des gouvernants. Mais un pareil commandement est-il possible? On l'a dit plus haut : la réponse dépend d'une étude approfondie sur l'organisation politique des gouvernements modernes, sur la hiérarchie gouvernementale, étude que nous ne pouvons faire ici. Mais nous concluons comme précédemment que, si la législation constructive contient un ordre, il ne peut s'adresser qu'aux agents de l'Etat. Dans tous les cas, cet ordre ne peut s'adresser à l'Etat lui-même, compris comme personne unique et souveraine, dans la théorie de la personnalité, puisque l'Etat ne peut se donner un ordre à lui-même. Il ne peut davantage s'adresser aux gouver-

nants, dans notre doctrine, puisque, l'ordre s'il existe, émane des gouvernants[1].

Nous allons même plus loin. On conçoit très bien que ces dispositions constructives n'aient nullement le caractère impératif, et que, malgré cela, la loi reste essentiellement en soi une règle impérative. Qu'on n'oublie pas en effet que la loi est uniquement la constatation d'une règle de droit impérative, qu'une disposition, constatant cette règle de droit tout simplement sans être accompagnée de mesures destinées à en assurer la sanction, est bien véritablement une loi au sens matériel, que les dispositions constructives ont simplement pour but d'établir des mesures propres à réaliser l'exécution de la loi. Or ces mesures peuvent ne pas être organisées; si, malgré leur absence, la loi reste loi au sens matériel, il suit que, si ces mesures ont un simple caractère facultatif, la loi reste loi et conserve tout entier son caractère impératif. La loi est et est toujours une règle impérative, parce qu'elle est la règle de droit. Mais les mesures organisées par le législateur pour en assurer l'exécution peuvent, ou bien ne pas exister, ou bien être créées à titre facultatif. Nous ajoutons : quand ces mesures s'adressent aux particuliers, elles sont toujours créées à titre facultatif; cela est tout à fait conforme à notre affirmation souvent répétée : le gouvernant ne peut pas donner d'ordre au particulier; et, malgré cela, comme le dit très justement M. de Vareilles-Sommières : « On ne peut déroger à aucune loi[2]. »

Cette observation rend compte très facilement d'une

1. V. sur ce point Seligmann, *Der Begriff des Gesetzes*, p. 95-126, 1886; — Binding, *Die Normen*, t. I, p. 66, 2e édit. 1890, et *Grundriss des Strafrechts*, t. I, p. 58 et suiv., 5e édit., 1897.

2. Vareilles-Sommières, *Des Lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, p. 9, 1899.

disposition du Code civil, sur laquelle beaucoup de difficultés se sont élevées. « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » (Code civil, art. 6). D'où la conséquence qu'on peut déroger, par des conventions particulières, à toutes les lois qui n'intéressent pas l'ordre public et les bonnes mœurs. Laissons cette expression vague de bonnes mœurs, qui se confond avec celle, non moins vague d'ailleurs, d'ordre public. Si l'on prend ce texte au pied de la lettre, on doit dire : il y a certaines lois qui, ne touchant pas à l'ordre public, ne sont pas impératives, et auxquelles on est libre d'obéir ou de ne pas obéir. Or, s'il en était ainsi, toute notion de droit serait renversée ; l'ordre public ne peut être que l'intérêt social, quelle que soit la manière dont on le conçoive, pour nous, la solidarité sociale ; pour d'autres, la protection des droits individuels ; pour d'autres encore, l'intérêt de la collectivité personnifiée. Peu importe ces diverses conceptions de l'intérêt social, de l'ordre public ; la loi puise sa raison d'être dans l'intérêt social ; elle n'est loi que parce qu'elle est conforme à l'intérêt social tel qu'on le conçoit à une époque donnée, ou, si l'on veut, tel que le législateur le comprend ; et celui-ci ne fait précisément une loi que parce qu'il la croit conforme à l'ordre public. Aussi M. de Vareilles-Sommières dit-il très justement : « Toutes les lois intéressent l'ordre public[1]. » Cependant le texte de l'article 6 est formel, et il est certain en fait qu'on peut déroger par des conventions particulières à beaucoup de lois, et même à la plupart des lois du Code civil. Ces dispositions ne sont donc pas des lois, et le Code civil presque tout entier n'est donc pas une loi ? Appliquons notre distinction entre la

1. *Loc. cit.*, p. 11.

norme et la construction juridique, et tout s'éclaire.

Le Code civil français et les lois civiles en général sont une vaste construction juridique, ayant pour support quelques normes, en un nombre d'ailleurs très restreint. Ces normes sont toutes impératives; d'après l'expression du Code, elles intéressent toutes l'ordre public ; elles sont des règles de droit, et toute règle de droit est un impératif, nul ne peut s'y soustraire. Elles sont peu nombreuses, et, dans la conception du Code civil, aujourd'hui surannée, elles se ramènent à quatre ordres d'idées : 1° l'étendue du pouvoir juridique de tout individu dans la nation, c'est-à-dire son état et sa capacité ; 2° l'étendue du pouvoir juridique de tout individu dans la famille, c'est-à-dire son statut familial; 3° le respect de la propriété individuelle, considéré comme l'affectation exclusive de l'utilité d'une chose à une certaine personne ; 4° le respect de la volonté contractuelle et des effets juridiques qu'elle seule peut produire. Ces quatre normes servent de support à la vaste construction législative du Code civil ; elles seules constituent à vrai dire l'élément législatif du Code; nous voulons dire que d'elles seules tout ce Code reçoit la vie et que tous les articles du Code, qui n'en sont pas l'expression immédiate, tacite ou formelle, ne sont que des mesures organisées en vue d'assurer la réalisation effective de ces normes. Des mesures obligatoires ? Oui, peut-être ? Mais pour qui ? Assurément pas pour le particulier, qui peut à son choix profiter ou non de ces mesures. Si elles sont obligatoires, elles ne peuvent l'être que pour l'agent de l'Etat, pour le juge. Si l'Etat a voulu donner un ordre et a pu en donner un, il n'a pu l'adresser qu'à ses agents. Et alors le sens de l'article apparaît très net et logique : On ne peut déroger aux lois qui touchent à l'ordre public, c'est-à-dire on ne peut déroger aux normes

juridiques qui sont à la base du présent Code et dont ce Code n'est que la construction ; mais les règles constructives ne sont établies qu'à titre facultatif, elles sont laissées à la disposition des particuliers, qui peuvent en user ou non, et elles s'appliqueront si les particuliers n'ont pas exprimé une intention contraire ; mais elles s'imposent toujours au juge, qui doit assurer le respect de l'état, de la propriété, des conventions, et qui doit toujours, à moins d'arrangement contraire des particuliers, appliquer les règles constructives établies par le Code. Celles-ci sont facultatives pour les parties, elles ne le sont point pour les agents de l'Etat. Toutes les difficultés, d'ailleurs, ne sont point résolues par cette distinction. Il reste à rechercher en effet pour chaque disposition des lois civiles, si elles doivent être considérées comme l'expression d'une norme juridique proprement dite, ou simplement comme une règle constructive mise à la disposition des intéressés. Mais cette recherche ne peut être faite que pour chaque cas particulier. Il nous suffit ici de poser le principe de l'interprétation et de montrer que l'article 6 ainsi compris cadre parfaitement avec notre distinction de la norme juridique et de la règle constructive[1].

1. D'après M. de Vareilles-Sommières, *loc. cit.*, p. 80, l'art. 6 signifie ceci : « On peut en principe renoncer aux droits que la loi nous confère, toutefois on ne le peut pas quand la loi le défend, et la loi le défend tacitement ou expressément, lorsque la renonciation serait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. » Mais il resterait à prouver que la loi confère des droits à proprement parler ; or nous croyons qu'elle n'en confère point, et nous allons essayer de le démontrer au paragraphe suivant. D'autre part, en admettant que la loi confère des droits, ces droits conférés à certaines personnes ne sont que la conséquence des prohibitions adressées à certaines autres ; or toute défense de la loi, M. de Vareilles le dit très justement, est impérative. Comment expliquer dès lors qu'on puisse renoncer aux droits qui résultent de ces prohibitions ? Et sous une autre forme l'explication de M. de Vareilles ne se ramène-t-elle pas à l'explication habituelle ? — V. *ibid.*, p. 68, les origines de la formule reproduite dans l'article 6. — Cf. en outre Alglave, *Définition de l'ordre public*, *Revue pratique*, 1866, t. I, p. 534 ; — Des-

Ce n'est pas au reste dans le droit civil seulement que les règles constructives peuvent se présenter avec un caractère facultatif. Mais cela demande une explication. Nous désignerons du nom général de lois organiques toutes les lois modernes, si nombreuses et si complexes, qui ont pour but de régler l'organisation politique, administrative et juridictionnelle d'un pays. Nous négligeons la distinction des lois constitutionnelles et des lois organiques ordinaires, car elle n'est qu'une distinction formelle dans les pays qui pratiquent le régime des constitutions rigides. Les lois organiques, dans le sens où nous les comprenons, ont pour support un certain nombre de normes juridiques, qui s'imposent à tous, gouvernants et gouvernés, agents de l'Etat et simples particuliers[1]. Ces normes sont variables avec les temps et avec les pays comme le droit objectif dont elles doivent être l'expression ; et comme les normes civiles, elles se réduisent en somme à un nombre de règles relativement peu élevé, qui toutes se rattachent à ces quelques principes généraux : obligation pour les gouvernants d'organiser leur force de manière à réduire au minimum le danger d'arbitraire, de ne rien faire qui excède leurs pouvoirs déterminés par le droit objectif, de faire tout ce que leur impose le droit objectif ; obligation pour les gouvernés de ne pas porter atteinte à la solidarité, avec les diverses conséquences qui résultent de cette obligation, avec notamment l'obligation active de participer aux charges publiques. Ce ne sont là d'ailleurs que quelques indications tout à fait générales. La grande masse des lois organiques comprend principalement une

pagnet, *l'Ordre public en droit international privé*, *Journal* de Clunet, 1889, p. 5 et p. 207 ; — Pillet, *l'Ordre public en droit international privé*, 1890 ; — Bartin, *les Dispositions d'ordre public*, dans *Revue de droit intern.*, 1897, p. 385 et suiv., et tous les traités de droit civil.

1. V. *supra*, et spécialement chap. VII, § 3.

législation constructive, c'est-à-dire l'organisation des moyens destinés à assurer la réalisation de ces règles, et de la part des gouvernants, de leurs agents, et de la part des particuliers. Pour atteindre ce double résultat, ces lois ont surtout pour objet de déterminer la compétence des divers agents étatiques. En matière d'organisation politique, administrative et judiciaire, l'Etat législateur apparaît surtout comme un distributeur de compétence[1], et ces règles sur la compétence sont essentiellement des règles constructives. Elles sont impératives, en ce sens que nul agent étatique ne peut intervenir que dans les limites fixées par voie générale dans la loi, et cela est un principe formé historiquement pour protéger l'individu[2]. Elles sont encore impératives en ce sens que parfois, le plus souvent même si l'on veut, l'agent de l'Etat est obligé d'intervenir dans telle ou telle hypothèse, ne peut pas ne pas intervenir et doit intervenir dans les formes déterminées. Ce caractère impératif a-t-il pour fondement un ordre formulé par l'Etat? Dans les rapports des gouvernants et de leurs agents, on l'a déjà dit, cet ordre n'est pas impossible à concevoir. Mais souvent aussi cet ordre n'existe certainement point; et les règles constructives apparaissent avec un caractère purement facultatif, même en tant qu'elles s'adressent aux agents de l'Etat. La norme juridique, formulée expressément ou impliquée dans la loi positive, est toujours impérative comme toute règle de droit; mais les moyens propres à en assurer l'exécution ne sont point imposés à l'administrateur; ils sont mis à sa disposition; il peut en user ou non, après une libre appréciation des circonstances que la loi lui laisse le soin de faire. La norme ne peut être violée par personne; les moyens artificiels destinés à en assurer

1. Cf. Jellinek, *System*, p. 227 et suiv.
2. V. *supra*, chap. VI, § 5.

l'exécution sont fixés par la loi : l'agent de l'Etat reste libre de les employer ou non ; mais s'il agit, il ne pourra le faire que dans les conditions et suivant les formes déterminées par la loi. Deux exemples préciseront notre pensée. Si l'on considère une loi établissant et organisant un impôt, la norme qui est contenue dans cette loi apparaît facilement : tout membre de la société doit coopérer aux charges publiques, parce qu'il doit coopérer à la solidarité sociale. Mais toutes les dispositions qui organisent l'assiette de l'impôt, le mode de perception, qui déterminent les fonctionnaires compétents pour le percevoir, sont des dispositions constructives, s'adressant aux fonctionnaires seuls, quand, au contraire, la norme est générale, impérative pour les gouvernants et les gouvernés. Dans l'espèce, la partie constructive de la loi est tout à fait impérative pour les agents administratifs ; ils ne peuvent pas ne pas lever l'impôt et doivent l'établir et le percevoir exclusivement dans les conditions et suivant les formes fixées par la loi. Il faut ajouter que dans la détermination du taux, de l'assiette et de la perception de l'impôt, l'Etat est lié lui-même par le droit objectif qui fixe ses pouvoirs généraux. Dans l'exemple choisi, on trouve donc des dispositions constructives rigoureusement obligatoires pour les agents de l'Etat. Supposons au contraire une loi qui donne à un administrateur (dans l'organisation française, préfet ou maire), des attributions de police. Elle a pour support la norme juridique, qui oblige tous, gouvernants et gouvernés, à ne rien faire pouvant porter atteinte à la sécurité, à la salubrité, à la tranquillité publiques et à y coopérer dans la mesure du possible. Cette norme est impérative pour tous, sans restriction et sans exception. Mais la loi de police détermine les divers moyens à l'aide desquels l'administrateur pourra assurer la police dans sa cir-

conscription; celui-ci, s'il intervient, ne pourra le faire que dans les formes et sous les conditions déterminées par la loi constructive, qui en ce sens sans doute est impérative; mais l'administrateur n'est point obligé directement par la loi d'intervenir; une large liberté d'appréciation lui est laissée, et en ce sens la loi constructive n'est point impérative, mais facultative; elle reste cependant une loi matérielle, parce qu'elle se rattache toujours à la norme impérative. On pourrait multiplier les exemples de ce genre et montrer ainsi que constamment les décisions constructives, même celles qui s'adressent directement aux agents de l'Etat, ont un caractère facultatif.

Les lois organiques contiennent souvent des décisions qui ne s'adressent qu'aux gouvernants eux-mêmes. Nous tenons au reste pour acquise la distinction que nous espérons étudier en un second volume, entre les gouvernants et leurs agents, ou, ce qui est la même chose, la distinction entre les organes et les agents de l'Etat[1]. En deux mots les gouvernants sont les individus qui détiennent en fait directement la plus grande force matérielle, qui monopolisent la force, laquelle leur donne précisément cette qualité de gouvernants; les agents sont les individus qu'ils désignent pour accomplir en leur nom certaines de leurs fonctions, et, dans la théorie de l'Etat-personne, les organes de l'Etat sont les supports de la personnalité souveraine de l'Etat (*Träger*); pour les agents, la définition reste la même. Les dispositions constructives, adressées directement aux gouvernants ou organes de l'Etat,

1. Jellinek (*Allgemeine Staatslehre*, p. 498 et suiv.) distingue les organes directs et les organes indirects, distinction analogue à celle donnée au texte. — Nous employons le moins possible cette expression d'organes, qui est sans doute une métaphore commode, mais qui a le tort de rappeler à l'esprit l'idée tout à fait erronée de *personnalité-organisme* de l'État.

ne peuvent, dans aucune théorie, être considérées comme contenant un ordre; cet ordre ne pourrait émaner que des gouvernants, des organes de l'Etat; or on ne peut pas se donner un ordre à soi-même. On a montré que, dans la théorie qui voit dans l'ordre l'essence de la loi, on ne concevait pas même la force obligatoire vis-à-vis des gouvernants, des organes d'Etat, de la norme juridique. On ne peut pas concevoir davantage la force obligatoire à leur égard des lois constructives. Cette force obligatoire, nous l'expliquons facilement par le caractère impératif de la norme prise en soi, dont la règle constructive n'est que le développement, le complément. Si la règle de droit s'impose au respect de l'Etat, par là-même les mesures prises pour en assurer la sanction sont aussi impératives pour l'Etat. Mais d'ordre proprement dit, il ne peut y en avoir. De telle sorte que, si l'on persiste à voir dans l'ordre l'élément essentiel de la loi, il faut refuser le caractère de loi non seulement aux lois qui formulent des principes de droit politique, mais encore à toutes les lois qui organisent ces principes, aux lois constitutionnelles proprement dites. Laband déclare que toute loi, dont l'effet est limité à l'intérieur de l'organisme étatique, n'est pas une loi au sens matériel. Les lois constitutionnelles proprement dites ne seraient donc pas des lois au sens matériel. Nous savons bien qu'on a quelquefois tourné la difficulté en disant que ces lois ne s'adressent pas aux organes proprement dits, mais aux hommes qui les constituent[1]. La distinction est subtile, mais elle ne répond à aucune réalité. Une loi, qui organise un parlement et détermine ses attributions, s'adresse bien uniquement et exclusivement au parlement et non aux hommes qui le composent. Le

1. V. *supra*, chap. VII, § 4.

parlement, peut-on nous objecter, n'est pas une personnalité distincte de ses membres. Sans doute. Mais, s'il ne faut considérer que les membres du parlement, ce sont aussi les membres du parlement qui, pris individuellement, votent la loi et qui, par conséquent, se donnent encore un ordre à eux-mêmes; cela est impossible. Et, si l'on suppose une monarchie absolue, toute loi émanée d'un acte unilatéral du monarque, comme la charte de 1814, déterminant et limitant les pouvoirs du roi, ne liera donc pas le roi, parce que là il est bien évident que l'ordre ne peut pas être donné par le monarque à lui-même. La charte de 1814 n'était donc pas une loi obligatoire pour le roi ; les ordonnances de juillet étaient donc légales et la révolution de 1830 sans raison. Nul n'oserait le soutenir. On voit que, si l'on presse un peu la théorie de l'ordre législatif, elle n'aboutit qu'à des contradictions, à des impossibilités[1].

Dans la loi pénale enfin, la distinction de la législation normative et de la législation constructive apparaît très nettement. Binding l'a mise au reste complètement en lumière[2]. Toute loi pénale comprend deux éléments : la norme législative, formule d'une règle de droit, qui prohibe le fait constituant l'infraction, et la loi, en sa partie constructive, qui établit les mesures destinées à assurer la répression, ce qui comprend la peine proprement dite et les procédés d'instruction et de jugement. Dans la disposition pénale par exemple, qui punit le meurtre d'une peine déterminée, il y a deux éléments : la norme qui interdit le meurtre, la règle constructive qui fixe la peine. L'interdiction du meurtre s'adresse à tous ; son caractère impératif n'a point pour cause une prohibition impérative de l'Etat : l'Etat n'a pas le pouvoir d'inter-

1. Cf. Seligmann, *Der Begriff des Gesetzes*, p. 95-126, 1888.
2. Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, t. I, spécialement p. 13-66, 2e edit., 1890.

dire le meutre; il peut seulement constater la règle de droit qui le prohibe, et ses lois pénales sont d'abord la constatation tacite ou expresse de cette règle prohibitive, antérieure aux gouvernants, supérieure à eux-mêmes comme aux gouvernés. L'Etat prend en outre des mesures propres à assurer la sanction de cette prohibition; cela, il peut, il doit le faire. A cet effet il formule un commandement; c'est possible. Mais à qui s'adresse ce commandement? Uniquement à ses agents. Si, dans la loi pénale, il y a un ordre de l'Etat, c'est l'ordre adressé aux agents de l'Etat de rechercher, au cas où une infraction est commise, l'auteur de cette infraction, et de le frapper de la peine fixée par la loi. La disposition impérative, établissant la pénalité, ne peut point s'adresser à l'individu; et Binding fait judicieusement observer que l'impératif pénal proprement dit ne s'adresse pas aux particuliers, puisque l'individu, qui a commis une infraction, ne viole aucune loi en se soustrayant volontairement aux recherches judiciaires; que si, au contraire, l'impératif pénal visait le particulier, celui-ci violerait certainement la loi, en essayant d'échapper à la répression pénale. D'ailleurs tout cela est très logique: la règle de droit, à laquelle tout le monde est subordonné, prohibe le meurtre, le vol, etc...; le législateur positif la constate, et cette règle de droit ainsi constatée devient plus précise, mais conserve le même caractère et la même étendue; pour tout le reste, ce ne sont que des mesures artificielles imaginées par le législateur positif pour assurer le respect de la norme; et, si ces mesures contiennent un impératif, il ne peut atteindre que les agents des gouvernants. Sur ce point, au reste, nous nous séparons de Binding, qui enseigne que la disposition établissant la pénalité s'adresse non pas aux agents de l'Etat, mais à l'Etat lui-même. Cette solution nous paraît inadmissible; on a dit précédemment pourquoi.

La distinction entre la norme pénale et la règle constructive pénale rend compte de beaucoup de choses, difficilement explicables si on ne l'admet pas. Par exemple, beaucoup de dispositions pénales prohibent tel ou tel fait et subordonnent la répression à des conditions déterminées, par exemple à une plainte de la partie lésée. Si l'on soutient que la loi pénale est essentiellement constituée par la prohibition pénale proprement dite, on comprend difficilement comment elle reste loi pénale, quand elle ne contient qu'une prohibition conditionnelle; la prohibition, conditionnée par un acte de volonté indépendante de celui qui formule cette prohibition, cesse d'être une prohibition impérative. Tout s'explique par la distinction de la norme et de la mesure constructive. La norme est toujours impérative, parce qu'elle est une règle de droit. Seule la mesure constructive est soumise à certaines conditions, et cela n'affecte aucunement l'essence de la loi, puisque les mesures constructives ne sont pas un élément nécessaire de la loi, et que, on l'a démontré plus haut, elles peuvent même être établies avec un caractère facultatif.

De tout cela, il résulte que la plupart des mesures constructives se résument en une compétence reconnue par la loi aux gouvernants ou à leurs agents. Cette compétence ne constitue-t-elle pas un droit subjectif établi au profit de ceux-ci? Dès lors les règles constructives ne sont-elles pas plus tôt des concessions que des ordres? Question importante et qui trouvera sa solution aux paragraphes suivants.

VI

La loi positive ne crée jamais une situation juridique subjective. Si l'on considère uniquement la législation normative, la chose va de soi. On a essayé d'établir[1] que la règle de droit, prise en elle-même, ne peut pas créer une situation juridique subjective, qu'elle implique seulement la naissance d'un pouvoir et d'un devoir objectifs, dont on a déterminé les caractères; on a montré que la situation juridique subjective ne peut résulter que d'un acte de volonté individuelle, appelé acte juridique, ayant un objet particulier, acte déterminé par un but reconnu légitime par le droit objectif. Or la norme législative n'est autre chose que la règle de droit officiellement constatée; cette constatation officielle ne lui ajoute rien; la norme conserve le même caractère, la même étendue, les mêmes effets. Si la règle de droit elle-même est impuissante à faire naître une situation juridique subjective, il doit en être de même de la règle de droit constatée dans la loi positive. Cela résulte aussi du caractère que nous avons reconnu à la situation juridique subjective. Cette proposition peut paraître au premier abord paradoxale, et l'opinion contraire est à peu près unanimement acceptée. Cela vient d'abord d'une fausse conception du pouvoir individuel qui naît de la règle de droit, de la loi positive. Ce pouvoir souvent appelé droit subjectif n'est en réalité qu'un pouvoir objectif, avec tous les caractères du droit objectif, pouvoir

1. V. *supra*, chap. III, tout entier.

général, continu et changeant comme le droit objectif lui-même[1]. L'erreur vient aussi de l'action, souvent inconsciente d'ailleurs, que la célèbre doctrine des droits individuels exerce encore sur les meilleurs esprits. On part du droit subjectif pour arriver au droit objectif, quand le procédé contraire répond seul à la réalité.

La question de savoir si le droit subjectif peut naître de la loi positive a été, ces dernières années, l'objet d'études intéressantes et qui méritent examen. En France un jeune docteur, dans une thèse remarquée[2], a soutenu que le droit subjectif ne pouvait être caractérisé que par l'action en justice ; il concède que c'est là un critérium formel, mais il estime que c'est le seul possible et certain. L'activité individuelle, dit-il, considérée au point de vue du droit, apparaît en quelque sorte à trois degrés : les simples intérêts, avantages de fait que personne n'est tenu juridiquement de respecter ; les *droits reflets* (traduction assez inexacte de l'expression allemande *Reflexrecht*), qui résultent d'une obligation légale imposée par la loi à l'autorité publique, mais qui ne sont point garantis par une action directe ; et enfin le droit subjectif, « qui est celui dont la réalisation peut être obtenue par un moyen juridique à la disposition du sujet. Ce moyen juridique, c'est l'action en justice[3]. » Or le droit public moderne a su arriver à la reconnaissance d'un véritable droit subjectif ainsi compris au profit des administrés ; non seulement l'intérêt des administrés est indirectement protégé par les obligations légales imposées aux agents administratifs, mais encore l'administré est le plus souvent muni d'une action pour garantir le respect, de la part des adminis-

1. V. *supra*, chap. III, §§ 1-5.
2. Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés* (thèse), 1899.
3. Barthélemy, *loc. cit.*, p. 21.

trateurs, des obligations qui leur sont imposées par la loi ou par un acte juridique, comme un contrat. Ainsi une action existe au profit de l'administré pour garantir les obligations imposées aux administrateurs directement par la loi; c'est en droit français, le recours pour excès de pouvoir; il est donc certain que du droit objectif, de la loi, découlent directement même en droit public des droits subjectifs au profit de l'individu. Ce recours pour excès de pouvoir, œuvre de la jurisprudence prétorienne du conseil d'Etat, implicitement reconnu par la loi du 24 mai 1872 (art. 9), est ouvert dans diverses hypothèses : violation d'une loi de compétence, violation d'une loi de forme, violation d'une loi de fond et atteinte à un droit acquis, détournement de pouvoir; ce recours a toujours le même caractère; il est une action contentieuse et ne peut être que la sanction d'un droit subjectif; la loi, qui établit la compétence de l'agent administratif, les formes en lesquelles il doit agir, étant garantie dans son application par cette action en justice, crée au profit de l'administré un véritable droit subjectif à la forme, à la compétence; et l'auteur repousse énergiquement la théorie ébauchée par quelques auteurs, d'après laquelle le recours pour excès de pouvoir serait fondé simplement sur la violation du droit objectif.

Telle est en bref la thèse de M. Barthélemy. Elle est habilement défendue, mais elle nous paraît inexacte de tous points. Acceptons le point de départ et la définition du droit subjectif : l'intérêt garanti par une action en justice; et passons sur les critiques que mérite une pareille définition. Si l'on reconnaît le droit subjectif à l'action en justice qui garantit un intérêt, au moins faut-il que cette action soit absolument adéquate à cet intérêt, c'est-à-dire que le but et le résultat possible de cet action soient précisément la réalisation de cet

intérêt ou l'obtention de son équivalent. Le particulier, qui a fait un contrat avec l'Etat ou qui, dans notre théorie, profite d'une situation créée par un acte unilatéral et légitime du gouvernant, a une action contre l'Etat, pour obtenir la réalisation de sa créance, c'est-à-dire une condamnation contre l'Etat, équivalente à son intérêt. On peut, on doit dire que ce particulier a un droit subjectif. Le recours pour excès de pouvoir, tel qu'il a été élaboré par la jurisprudence française, n'aboutit jamais à un pareil résultat, quelle que soit l'hypothèse dans laquelle il est formé, violation d'une loi de forme, de compétence ou de fond, détournement de pouvoir. Il est de jurisprudence constante et reconnue de tous que le juge du recours pour excès de pouvoir ne peut que maintenir ou annuler l'acte attaqué, ne peut jamais prononcer une condamnation. Comment pourrait-il condamner? Il n'y a pas de défendeur. Le demandeur au recours pour excès de pouvoir ne réclame point la réalisation d'un intérêt et ne peut pas l'obtenir; il réclame et ne peut obtenir que l'annulation d'un acte qu'il prétend violer la loi; on ne peut donc dire que le recours pour excès de pouvoir soit une action en justice garantissant un intérêt. Par suite, en admettant même la définition proposée du droit subjectif, on ne peut pas considérer l'intérêt qu'a le particulier au respect de la compétence, des formes, des lois de fond même, comme un droit subjectif. De ce chef les lois administratives ne créent donc pas de droits subjectifs au profit des administrés; et le droit subjectif contre l'administration, que nous sommes bien loin de nier comme Gerber[1], n'apparaîtra qu'à la suite d'un acte de volonté particulier, émané de l'administration ou de l'administré, et qui seul, s'il est conforme au droit objectif,

1. Gerber, *Oeffentliche Rechte*, p. 40.

créera vraiment une situation subjective, dont la réalisation pourra être demandée et obtenue par une action en justice, laquelle ne sera point le recours pour excès de pouvoir. Le tort de M. Barthélemy est d'avoir oublié, nous semble-t-il, la formation historique du recours pour excès de pouvoir et d'avoir confondu la forme avec le fond. La forme est juridictionnelle, le fond ne l'est pas. Avant la loi de 1872, la décision rendue, sur le recours pour excès de pouvoir, par un décret en conseil d'Etat, n'était que la décision de l'autorité hiérarchiquement supérieure, annulant, sur la demande d'un particulier, l'acte illégal de son inférieur. Par une évolution qu'il serait trop long de décrire, cette décision hiérarchique a été peu à peu entourée des garanties juridictionnelles et s'est différenciée de la décision purement hiérarchique ; le recours a été dit contentieux parce qu'il était formé et jugé en la forme contentieuse ; au fond il restait un recours hiérarchique et administratif. L'évolution a été complète, lorsque la loi de 1872 a eu donné au conseil d'Etat le pouvoir de décision propre en matière contentieuse. La décision sur le recours pour excès de pouvoir a eu alors toutes les garanties, toutes les formes d'une décision juridictionnelle ; au fond elle n'est pas devenue une décision juridictionnelle ; elle ne le pouvait pas. Qu'on ne dise donc point que certains intérêts, reconnus directement par la loi, sont des droits subjectifs, parce qu'ils sont garantis par une action en justice ; le recours pour excès de pouvoir n'est pas une action en justice ; et parler du droit à la forme, à la compétence, c'est faire un étrange abus de mots.

En Allemagne, la question des droits publics subjectifs forme l'objet d'un livre de Jellinek déjà devenu classique[1]. L'auteur déclare que « les droits publics

1. Jellinek, *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, 1892.

subjectifs sont en première ligne fondés par la loi matérielle, mais que de nouveaux développements sur cette forme d'expression de la volonté étatique sont inutiles »[1]. Apparemment l'auteur se réfère à la théorie de la loi telle qu'il l'a exposée dans son livre souvent cité ici : *Gesetz und Verordnung*. Or, on le sait, Jellinek définit la loi au sens matériel une règle individuelle ou générale, qui restreint ou étend la sphère d'action de l'Etat ou des particuliers dans les rapports de ceux-ci avec l'Etat, ou dans les rapports des particuliers entre eux. De cette définition il résulte que toute loi positive implique la création d'un droit subjectif, soit d'un droit subjectif public, si la loi touche à la sphère d'action de l'Etat, ou à celle des particuliers dans leurs rapports avec l'Etat, soit d'un droit subjectif privé si elle touche à la sphère juridique des particuliers dans leurs rapports entre eux. Dans cette conception, la loi positive est bien, suivant l'expression même de Jellinek, « le fondement en première ligne » des droits subjectifs publics et privés.

On a déjà montré les contradictions et les impossibilités auxquelles aboutit cette doctrine[2]. Mais acceptons la définition de la loi telle que la donne Jellinek. Et d'abord il y a loi au sens matériel, quand une déclaration de volonté étatique détermine la sphère d'action juridique de l'Etat dans ses rapports avec les particuliers ou de ceux-ci dans leurs rapports avec l'Etat. Ici nous ne voyons aucune impossibilité logique à ce que, de la loi elle-même, naisse une situation juridique subjective, intéressant les particuliers et l'Etat ; il y a un acte de volonté de l'Etat s'adressant aux particuliers, et de cet acte de volonté peut à la rigueur logiquement

1. Jellinek, *loc. cit.*, p. 193.
2. V. *supra*, chap. VII, § 1.

naître une situation juridique subjective. Par exemple, on peut concevoir que d'une loi d'impôt naisse directement pour l'Etat le droit subjectif de le percevoir, que d'une loi sur le service militaire naisse pour l'Etat le droit subjectif de l'exiger. Il y a un acte de volonté de l'Etat. Mais Jellinek s'est alors trouvé en présence d'une difficulté insurmontable, qu'il a bien aperçue, qu'il a essayé d'écarter avec une merveilleuse ingéniosité, mais qu'en réalité il n'a point résolue. En fait, il y a beaucoup de lois qui limitent la sphère d'action de l'Etat, qui lui imposent une abstention ou un agissement, sans que ces lois aient pour effet d'élargir d'une manière correspondante la sphère juridique du particulier, et, par conséquent, sans que ces lois confèrent réciproquement un droit subjectif au particulier; une obligation subjective est imposée à l'Etat; il ne naît point au profit du particulier un droit correspondant. La chose est incontestable, et Jellinek l'a bien reconnue. Elle est certainement en contradiction avec les affirmations précédentes de l'auteur. En effet, si la loi positive, créant le droit objectif, est un acte de volonté de l'Etat, s'adressant aux particuliers, étendant ou restreignant leur sphère juridique, on ne voit pas pourquoi cet acte n'a pas toujours et dans tous les cas pour résultat de créer une situation juridique subjective, et s'il restreint la sphère d'action de l'Etat, un droit subjectif au profit du particulier. Cependant il n'en est point ainsi. Jellinek montre très justement que des lois, comme celles qui ordonnent la publicité des débats judiciaires ou législatifs, qui proclament l'égalité des citoyens, qui interdisent à l'Etat de statuer par des tribunaux d'exception, imposent des obligations à l'Etat, mais ne créent point de droits subjectifs correspondants au profit des particuliers.

Pour sortir de la difficulté, Jellinek a recours à la

théorie curieuse du *réflexe du droit objectif*[1]. « Quand, dit-il, les règles du droit public ordonnent, dans l'intérêt commun, aux organes de l'Etat un *agir* ou un *abstenir*, le résultat de cette action ou de cette inaction (conformes à ces règles) peut profiter à des individus déterminés, sans que l'ordre de droit ait eu l'intention d'élargir d'une manière correspondante la sphère juridique de ces personnes. En pareil cas, on pourra parler d'un *effet réflexe du droit objectif*[2]. » Ce sont là des mots qui n'expliquent rien, et on ne fait que reculer la difficulté. Pourquoi la loi positive, qui crée le droit objectif, et que l'on doit toujours supposer inspirée par un but d'intérêt commun, fait-elle naître parfois un droit subjectif au profit des particuliers, quand elle restreint la sphère juridique de l'Etat? Pourquoi, au contraire, parfois ne fait-elle que restreindre la sphère juridique de l'Etat, sans créer de droit subjectif au profit du particulier, en donnant simplement naissance à un effet réflexe du droit objectif? Ou la création de la règle objective par l'Etat législateur est une déclaration de volonté s'adressant aux particuliers, et elle doit alors faire naître toujours une situation juridique subjective; ou elle n'est point cela, et alors elle ne peut jamais créer une situation juridique subjective. Jellinek a bien compris l'objection, en reconnaissant l'extrême dificulté de déterminer le critérium matériel de la distinction. « Mais quel est, dit-il, le critérium qui nous permet de distinguer la norme créant un droit individuel de celle établissant simplement le droit objectif? Au point de vue formel, il est facile de résoudre la question. Là où une action (en justice) individuelle est exclue par la

1. Le premier auteur qui ait précisé cette notion de l'effet réflexe du droit objectif est Ihering, *Geist des römischen Rechts*, t. III, p. 327, 1re édit., 1865. — V. aussi Ihering, *Aufsatz über die Reflexwirkungen*, *Jahrbücher für Dogmatik*, t. X, p. 245 et suiv., 1872.

2. Jellinek, *System*, p. 65.

nature des choses ou par le refus de protection juridique, là il y a seulement droit objectif... Mais par ce critérium formel, la question n'est point résolue dans toute son ampleur[1]. » Et Jellinek reconnaît qu'il est extrêmement difficile de déterminer le critérium matériel, non seulement au point de vue de la *lex ferenda*, mais même au point de vue de la *lex lata*, que cependant la question est extrêmement importante pour savoir si le juge saisi d'une action peut et doit la déclarer recevable. Il ajoute que la tendance certaine des législations modernes est d'élargir de plus en plus le cercle des droits subjectifs publics[2]. Ce n'est point une solution ; cela n'est pas étonnant ; la solution est impossible. Si la loi est cet acte de volonté qui restreint ou étend la sphère juridique de l'Etat ou des particuliers, elle doit toujours créer des droits subjectifs ; si elle en crée quelquefois, on ne voit pas pourquoi elle n'en crée pas toujours. La loi a, au point de vue matériel, une certaine nature, qui reste toujours la même, à laquelle se rattachent certains effets toujours les mêmes, et, si on est obligé de distinguer entre ces effets, c'est que ces effets ne tiennent pas à l'essence de la loi. Il résulte donc de la théorie du droit réflexe au moins l'aveu qu'il n'est pas de l'essence de la loi de donner naissance à des droits subjectifs.

Mais Jellinek et tous ceux qui affirment que de la loi naissent des droits subjectifs se trouvent en présence d'une autre impossibilité, qui nous paraît ruiner complètement le système. Si, à la rigueur, on peut concevoir que la loi positive, créant le droit objectif, fasse naître par elle-même un droit subjectif public, soit au profit de l'Etat, soit au profit des particuliers, il nous paraît tout à fait impossible de comprendre comment

1. Jellinek, *System*, p. 65.
2. Cf. Gneist, *Der Rechtsstaat*, p. 1 et suiv., 2e édit., 1879.

la règle objective, formulée dans la loi, puisse, en vertu de sa propre force, créer une situation juridique subjective dans les rapports des particuliers, créer un droit privé subjectif. Nous ne comprendrons jamais comment l'Etat puisse se substituer à la volonté des particuliers et nous ne pouvons admettre qu'une situation juridique subjective d'ordre purement privé puisse avoir une autre cause qu'un acte de volonté privée[1]. Les auteurs français en général ne se sont point aperçus de la difficulté; ils parlent couramment des droits privés créés par la loi; il est vrai qu'ils s'inspirent toujours de la doctrine des droits individuels, et que ces prétendus droits, créés par la loi, sont les droits individuels de l'homme réglementés par la loi. Mais les auteurs qui, comme Jellinek, rejettent la doctrine individualiste et prennent pour point de départ le droit objectif, devaient prévoir l'objection. Jellinek n'y a point manqué. Il enseigne que des droits privés subjectifs, comme des droits publics subjectifs, peuvent découler directement de la loi, mais que les droits privés subjectifs ont une nature tout à fait différente de celle des droits publics subjectifs. Cette différence, il la résume en disant : le droit subjectif public est un *Können*, le droit subjectif privé est un *Dürfen;* il est vrai que Jellinek déclare que ce n'est là qu'un critérium formel : « Le *Wollenkönnen* est le critérium formel de la prétention (*Anspruch*) de droit public; le *Wollendürfen* le critérium formel de la prétention de droit privé. L'élément matériel des deux prétentions est le même : l'intérêt. » Mais le savant professeur s'empresse d'ajouter que « en vertu de la distinction formelle se différencient aussi les intérêts : le droit subjectif public est par suite un intérêt protégé seulement par un *Wollenkönnen*,

1. V. *supra*, chap. III, §§ 1-4.

le droit subjectif privé un intérêt pour la réalisation duquel même un *Wollendürfen* est concédé. Les deux possibilités juridiques par lesquelles l'homme peut donner satisfaction à ses intérêts sont un vouloir protégé et permis[1]. »

Les expressions *Wollenkönnen* et *Wollendürfen* sont intraduisibles en français. Si nous comprenons bien la pensée de Jellinek, le droit public subjectif est un *Wollenkönnen* parce qu'il est le vouloir effectif, la volonté elle-même, un état de la personne, en ce sens que, si la personnalité, titulaire de cette volonté, perd ce doit public subjectif, cette volonté se trouve par là-même amoindrie. Le droit privé subjectif est un *Wollendürfen* en ce sens qu'il est la possibilité de vouloir juridiquement, successivement, suivant les états de fait dans lesquels se trouve chaque volonté, qu'il ne constitue pas un état de la personne, mais un certain pouvoir spécial, et que ce pouvoir spécial peut disparaître ou s'amoindrir sans que la personnalité soit diminuée[2]. Quoi qu'il en soit de cette distinction très subtile entre le *Wollenkönnen* et le *Wollendürfen*, le droit subjectif en général est, dans la doctrine de Jellinek, simplement un pouvoir de vouloir. Or c'est précisément la définition que nous avons donnée du pouvoir objectif; nous croyons avoir établi que ce pouvoir de vouloir ne pouvait pas être considéré comme un droit subjectif, qu'il n'y avait pas là seulement une différence de mot, mais une différence de fond, que ce pouvoir objectif par exemple était permanent et général comme la loi objective qui l'implique et, d'autre part recevait le contre-coup de toutes les modifications apportées à cette loi objective. Au surplus, pourquoi cette distinction entre le droit privé subjectif et le droit

1. Jellinek, *System*, p. 54.
2. Jellinek, *System*, p. 52 et 53.

public subjectif? Le droit subjectif est une certaine chose et reste toujours cette chose-là. Sans doute Jellineck affirme que matériellement le droit public et le droit privé sont la même chose, puisqu'ils ne sont, l'un et l'autre, qu'un intérêt protégé; mais il ajoute immédiatement que la différence formelle réagit nécessairement sur le fond du droit[1]. Il fait donc une distinction de fond; et cela est complètement arbitraire.

Enfin la théorie de Jellinek devient tout à fait vague et imprécisée, quand il veut déterminer le point de savoir si le titulaire d'un droit subjectif peut y renoncer. Il nous semble bien que, dans la pensée de l'auteur, le titulaire d'un droit privé subjectif peut toujours y renoncer. Mais pour le droit public subjectif, il fait des distinctions arbitraires, qui montrent l'imperfection du point de départ. D'après Jellinek, l'impossibilité de renoncer à un droit subjectif public est la règle pour le particulier comme pour l'Etat, « parce que les rapports qui sont créés et réglés en vue de l'intérêt collectif ne peuvent céder à l'intérêt particulier que pour une raison spéciale[2] ». Si cette proposition est exacte, elle doit conduire à l'impossibilité de renoncer à tout prétendu droit créé par la loi positive, car, en acceptant l'opposition de l'intérêt public et de l'intérêt privé, on doit dire assurément que la loi positive n'est jamais faite que dans l'intérêt public. Aussi Jellinek est-il dans un grand embarras, lorsqu'il veut justifier la possibilité de renoncer à certains droits subjectifs publics crées par la loi. D'après lui, la renonciation serait possible « quand le statut ne donne pas seulement des droits, mais crée en même temps des obligations »; ici l'équité commande, dit-il, la possibilité de renonciation. Or cela n'est pas toujours vrai; le droit électoral, par exemple, que

1. Jellinek, *System*, p. 54.
2. Jellinek, *System*, p. 324.

Jellinek déclare *indélébile*, entraîne avec lui certainement des obligations[1]. Et à l'inverse il n'est pas vrai qu'on puisse renoncer comme on l'entend à la nationalité. Contrairement à ce que dit l'auteur, on ne le peut pas justement quand cette renonciation a pour but d'échapper à certaines obligations qu'elle entraîne, par exemple aux obligations militaires[2]. La vérité est au contraire qu'on ne peut pas renoncer à l'état de droit public créé par la loi, précisément parce qu'il implique en lui-même des obligations établies dans l'intérêt public. Mais, dit Jellinek, on peut toujours renoncer à une fonction publique. La chose n'est pas certaine, car il faudrait savoir si, quand une démission est donnée, elle est vraiment la cause de la perte des fonctions, ou si, pour produire ses effets, elle n'implique pas le consentement d'un pouvoir supérieur. Mais la démission serait-elle la cause efficiente de la cessation des fonctions, cela n'infirmerait pas notre thèse, car les fonctions ne résultent pas directement de la loi, puisqu'elles supposent en général une nomination individuelle, et que celles qui résultent de la loi, comme l'électorat, sont justement insusceptibles de renonciation.

Notre proposition subsiste donc tout entière : la norme législative ne donne jamais à l'individu, directement, un véritable droit subjectif, elle ne crée jamais une situation juridique subjective ; elle implique seulement pour les volontés un pouvoir de vouloir légitimement et efficacement un effet de droit ; ce pouvoir de vouloir est vraiment un pouvoir objectif. La situation juridique subjective, le droit subjectif n'apparaissent que lorsqu'un acte de volonté individuel et spécial a été accompli.

La législation constructive, comme la norme, est-elle

1. Cf. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 381.
2. Cf. Despagnet, *Droit internat. privé*, p. 321 et suiv., 3e édit. 1898.

impuissante à créer véritablement des droits subjectifs? Assurément. D'abord on pourrait dire, d'une manière générale que si les dispositions constructives sont véritablement des lois, toutes les propositions, établies relativement à la nature et aux effets de la loi, doivent trouver ici leur application, que nos conclusions restent donc vraies pour la législation constructive comme pour la norme. Mais il faut préciser.

Adressées aux particuliers, les dispositions constructives, on l'a dit, n'ont pas le caractère impératif. Par conséquent on ne peut pas parler de droits proprement dits, créés par ces dispositions au profit des particuliers. Le droit subjectif n'apparaît encore que lorsque, dans un acte de volonté, le particulier déclare tacitement ou expressément vouloir profiter des mesures ainsi organisées par la loi. Des dispositions constructives adressées exclusivement aux particuliers, il ne résulte donc que de simples facultés. Si l'on veut y voir un pouvoir, il n'est encore qu'un pouvoir objectif, et certainement pas un droit subjectif au sens véritable du mot.

Mais en est-il de même des dispositions constructives adressées aux agents de l'Etat? Celles-là sont ou du moins peuvent être des dispositions impératives. N'ont-elles pas pour résultat de conférer un véritable droit subjectif? On l'a vu précédemment : l'objet essentiel des mesures constructives visant les fonctionnaires en général est de déterminer le fonctionnaire compétent pour agir dans tel et tel cas, les formes et les conditions dans lesquelles il doit intervenir, en un mot, de fixer la compétence fonctionnelle. La question est donc tout simplement de savoir si la compétence doit être considérée comme un droit subjectif du fonctionnaire. La solution de cette question suppose une étude approfondie de l'organisation politique de l'Etat

moderne, étude qui fera l'objet d'un second volume. Nous nous bornons à dire que la compétence n'est certainement pas, à notre avis, un droit subjectif du fonctionnaire, ni au point de vue formel, ni au point de vue matériel. Au point de vue formel, le fonctionnaire n'a et ne peut avoir aucune action pour revendiquer sa compétence. Au point de vue matériel, la compétence est essentiellement le pouvoir de vouloir efficacement un certain effet juridique, et telle est justement notre définition du pouvoir objectif. La compétence est, pourrait-on dire, le type même du pouvoir objectif. Tant qu'un acte de volonté du fonctionnaire compétent ne s'est par produit, il n'y a rien; le fonctionnaire peut vouloir efficacement; et la situation juridique subjective naît seulement après l'acte de volonté accompli par le fonctionnaire compétent. Ici nous sommes absolument d'accord avec Jellinek, quand il écrit : « La compétence n'est jamais un droit subjectif, mais toujours un droit objectif... Par suite, dans un conflit de compétence, il ne s'agit jamais du droit subjectif de tel ou tel organe, mais toujours seulement d'une interprétration du droit objectif, qui appelle l'un ou l'autre organe à l'accomplissement d'un acte étatique. La décision sur le droit objectif et non sur le droit subjectif forme l'objet de la décision juridictionnelle d'un tribunal des conflits[1]. » Il est vrai que Jellinek ajoute que le droit subjectif à l'exercice de la compétence n'appartient point à l'organe qui n'a pas de personnalité, mais à l'Etat-personne lui-même. Cela est tout à fait logique avec la conception de l'Etat-personne. Cela est inadmissible dans notre théorie, on l'aperçoit aisément. Ce serait donc l'Etat qui s'attribuerait à lui-même une compétence, exercée par l'intermé-

1. Jellinek, *System*, p. 216.

diaire de ses organes ! Cela est aussi extraordinaire que l'Etat se donnant des ordres à lui-même. En réalité, la compétence est, comme tout pouvoir objectif, le pouvoir d'une volonté individuelle de vouloir efficacement un effet de droit, quand elle est déterminée par un but conforme au droit objectif. Seulement, lorsque le titulaire du pouvoir de vouloir se présente comme agent des gouvernants, de ceux qui monopolisent la force matérielle dans la société, ce pouvoir objectif prend le nom de compétence et produit, quand il se traduit en un acte de volonté, certains effets particuliers, qui ne tiennent point à un prétendu caractère propre de sa volonté ou de celle des gouvernants, mais qui dérivent de ce fait que les gouvernants et leurs agents possèdent en fait la force matérielle[1].

Ainsi la loi, non plus dans sa partie constructive que dans sa partie normative, n'a pour effet direct et immédiat de créer un droit subjectif, tel que nous le comprenons et tel qu'il peut être compris. La loi est la règle de droit constatée officiellement ; comme la règle de droit, elle implique chez telle volonté indivi-

1. De nombreuses théories ont été émises sur la nature de la compétence, et la question de savoir qui est titulaire de ce prétendu droit à la compétence. Beaucoup de jurisconsultes allemands ont une tendance à personnifier la fonction publique : chaque fonction publique serait une personne dont le fonctionnaire serait l'organe, et cette personne serait titulaire du droit de compétence (Voir notamment Sarwey, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, dans *Handbuch* de Marquardsen, t. I, 2e partie, p. 95). On trouve une tendance analogue chez M. Hauriou, qui, après avoir déclaré qu'en droit français la fonction publique est surtout une chose, écrit : « Mais nous ne répugnerons nullement à admettre qu'en même temps la fonction publique puisse avoir une certaine personnalité » (*Droit administratif*, p. 335, 3e édit., 1897). Jellinek (*System*, p. 214) qualifie très justement de *Misslungen* toutes ces tentatives de construction. Rap. Id., *Allgemeine Staatslehre*, p. 512 et suiv. Cf. Bernatzik (*Archiv für öffentliches Recht*, t. V, p. 230, 1890), qui montre bien le néant des doctrines de la fonction personne et enseigne que les fonctionnaires ne sont pas les *Träger* d'un droit propre, mais d'un droit étranger, le droit de l'Etat. Nous faisons au reste toutes nos réserves sur une semblable théorie.

duelle un pouvoir objectif de vouloir ; voilà tout. Aussi ne voyons-nous pas pourquoi Seligmann[1] reproche à Thon d'avoir dit : « L'ensemble du droit d'une société est un complexe d'impératifs[2]. » La proposition de Thon nous paraît parfaitement exacte ; il n'y aura une situation juridique subjective que lorsqu'une manifestation de volonté individuelle se sera produite.

VII

De cette conclusion, découlent quelques conséquences importantes. D'abord le titulaire du pouvoir objectif qui est impliqué par la loi ne peut jamais y renoncer. Cette conséquence est évidente, et on l'a déjà indiquée. Le pouvoir objectif est la loi elle-même, en tant qu'elle s'applique aux volontés individuelles. Si la loi est impérative, le pouvoir qui en résulte est lui-même impératif, il est une qualité de la volonté individuelle, un état, et nul ne peut modifier par sa propre volonté l'état que la loi lui crée ; ou du moins il ne le peut que dans la mesure où la loi le lui permet. Si toute loi est impérative, et elle ne peut se concevoir que comme telle, l'application même de la loi est aussi impérative ; et ce pouvoir objectif des volontés individuelles est l'application directe de la loi à ces volontés.

Mais à l'inverse, ce pouvoir objectif suit toutes les variations de la loi, se modifie avec elle, s'élargit, se restreint ou s'éteint, suivant les diverses transformations de la loi. Il ne peut donc jamais constituer ce que

1. Seligmann, *Der Begriff des Gesetzes*, p. 6, 1888.
2. Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, p. 8, 1878.

dans une terminologie vicieuse et qui a amené de nombreuses controverses on appelle des droits acquis. Expression singulière : car ou il n'existe pas de droit, ou il en existe un, et, s'il existe, il est toujours acquis. Cette expression ne pouvait avoir de sens que dans la doctrine individualiste pure, qui opposait les droits acquis aux droits innés, les premiers résultant de l'organisation civile, les seconds dérivant de la nature même[1]. Cependant cette expression est continuellement employée par les jurisconsultes français et allemands. On doit dire toutefois que quelques auteurs, tout en employant l'expression de droits acquis, en donnent une définition qui correspond à notre distinction du droit subjectif et du pouvoir objectif; ils appellent droit acquis ce que nous appelons droit subjectif. Ainsi Gierke écrit : « Doivent être considérés comme droits acquis, les droits qui appartiennent à leurs sujets en vertu d'un titre spécial d'acquisition... Ne sont pas droits acquis, les droits légaux, généraux et spéciaux, qui sont établis directement par une règle de droit pour tous ou pour les membres d'une classe de personnes, car pour eux il manque un titre individuel d'acquisition[2]. » Dans son livre très curieux sur les droits acquis, Lasalle dit : « On doit entendre par droits acquis seulement ces droits qui, par un acte de volonté particulière de l'individu, ont été acquis et faits siens par lui[3]. » L'expression de droits acquis est

1. V. notamment Grotius, liv. II, chap. XIV, §§ 7 et 8, trad. Barbeyrac, t. I, p. 466, Bâle, 1768.

2. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, p. 192.

3. Lasalle, *System der erworbene Rechte*, t. I, p. 61. — Cf. Gerber, qui écrit : « On doit comprendre par (droits acquis) seulement ceux dans lesquels une possibilité de vouloir contenue dans le droit objectif s'est réalisée comme état juridique concret d'un sujet individuel, par un processus quelconque, que ce soit un acte juridique, que ce soit un fait créateur de droit ou une loi » (*Grundzüge des Staatsrechts*, p. 39, 2e édit., 1880). Cf. aussi Martitz, *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, t. XXXII, p. 571, 1876.

mauvaise; et G. Meyer[1], notamment, a parfaitement raison de la critiquer; mais il n'empêche que les propositions de Gierke et de Lasalle sont parfaitement exactes. Il n'y a véritablement de droits que lorsqu'il y a eu un acte de volonté individuelle; les pouvoirs qui résultent de la loi ne sont pas des droits.

Mais dans la doctrine française, et aussi chez quelques jurisconsultes allemands (notamment G. Meyer, qui, malgré sa critique de l'expression droits acquis, l'emploie constamment et soutient une opinion tout à fait analogue à celle de nos auteurs français), on considère que les droits acquis sont ces droits qui sont véritablement conférés par la loi, dans certains cas, à un individu déterminé, et qu'on oppose aux simples expectatives. Sur cette distinction, on a voulu surtout fonder la théorie de la rétroactivité et de la non-rétroactivité des lois; on a dit : « La loi est rétroactive quand elle a pour effet d'anéantir un droit acquis, et elle ne l'est pas quand elle atteint de simples expectatives[2]. » Et alors de chercher dans quels cas la loi confère un droit acquis, dans quels cas elle confère de simples expectatives ; et des controverses sans fin, des contradictions à chaque pas ! On en sera convaincu en lisant nos traités de droit civil français. G. Meyer[3] n'a pas été plus heureux; il établit une série de distinctions complètement arbitraires et artificielles. M. de Vareilles-Sommières[4] a d'ailleurs parfaitement montré le néant de cette théorie; il a tout à fait raison quand il met au défi « le plus délié civiliste » de donner une définition satisfaisante du droit

1. G. Meyer, *Der Staat und die erworbene Rechte*, dans *staats und völkerrechtliche Abhandlungen* de Jellinek et G. Meyer, t. I, cahier 2, p. 1, 1895.

2. Cette distinction est reproduite dans tous les manuels. V. notamment Baudry Lacantinerie, t. I, p. 70, 7e édit., 1899.

3. G. Meyer, *loc. cit.*

4. Vareilles-Sommières, *Une Théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois*, dans *Revue critique*, 1893, p. 444 et 492.

acquis et des simples expectatives. La démonstration a été complétée et confirmée par M. Planiol[1]. Nos deux savants collègues ont exposé la vraie théorie de la rétroactivité et de la non-rétroactivité des lois. Il est inutile d'y revenir après eux. Nous ferons seulement observer que leur doctrine cadre merveilleusement avec notre théorie de la loi. La loi à notre avis ne donne jamais de droit; elle régit des actes de volonté; aussi dirons-nous avec M. Planiol et M. de Vareilles-Sommières : il faut toujours appliquer la loi en vigueur au moment où se produit l'acte juridique; une loi nouvelle ne peut pas naturellement s'appliquer à un acte juridique accompli à un moment où elle n'existait pas; mais cela n'est point un effet de la non-rétroactivité de la loi; la loi ne régit pas cet acte pour cette bonne raison qu'elle n'existait pas au moment où il a été fait; la loi ne peut pas modifier une situation juridique qu'a légalement créée cet acte juridique, parce que la loi ne crée jamais une situation juridique subjective et ne peut modifier une situation créée par un acte de volonté légitime au moment où il a été fait. Nous nous séparons cependant des deux auteurs cités, quand ils déclarent que sont régis par les lois en vigueur au moment où ils se produisent, non seulement les actes juridiques, mais aussi les simples faits. Nous estimons que, sauf exception provoquée par des considérations pratiques, il faut appliquer non pas la loi en vigueur au moment où le fait se produit, mais la loi existant au moment où s'accomplit l'acte juridique dont la validité est conditionnée par ce fait. Cela se rattache aux idées précédemment exposées, d'après lesquelles les faits ne peuvent être générateurs de droits, mais sont simplement parfois la condition de l'efficacité juridique

1 Planiol, *Traité de droit civil*, p. 90 et 91, 1900.

d'un acte de volonté[1]. Une loi serait rétroactive si elle s'appliquait à des actes juridiques antérieurs à sa formation, et le législateur, qui déclarerait une loi applicable à des actes juridiques accomplis à une époque antérieure à la promulgation de la loi nouvelle, commettrait assurément un excès de pouvoir. Mais il faut qu'il y ait eu un acte juridique. Par conséquent, un état, ce que nous appelons un pouvoir objectif, résultant de la loi et non pas d'un acte de volonté individuelle, peut toujours être modifié par la loi nouvelle; il suit toutes les transformations de la loi dont il émane. Aussi M. de Vareilles-Sommières et M. Planiol disent-ils très justement « que les lois qui ont aboli les droits féodaux, rendu rachetables les anciennes rentes foncières, supprimé l'esclavage des noirs, n'étaient pas des lois rétroactives ». Ce n'est qu'une application de l'idée précédemment exprimée, à savoir que la propriété prise en elle-même ne constitue pas une situation juridique subjective, mais simplement un état, un pouvoir objectif[2]. La règle, d'après laquelle un acte juridique est toujours régi par la loi en vigueur au moment où l'acte a lieu, s'applique de la même façon à l'acte émané d'un gouvernant ou d'un de ses agents qu'à l'acte émané d'un simple particulier. Que, si le juge cependant doit appliquer la loi en vigueur au moment où a été créée la situation subjective qu'il est chargé d'apprécier et non la loi en vigueur à l'époque de son jugement, c'est qu'il ne crée pas par son jugement une situation juridique nouvelle, mais qu'il constate une situation préexistante. Tout cela dérive logiquement des notions d'acte juridique, de juridiction et de droit subjectif.

Une dernière conséquence en découle encore. On a

1. V. *supra*, chap. III, § 7.
2. V. *supra*, chap. III, §§ 1-6.

considéré jusqu'à présent la loi seule, et on a dit : elle n'a pas pour effet de créer un droit subjectif. Mais qu'on suppose maintenant un acte juridique régulièrement accompli ; il produit certains effets ; ces effets ont, disons-nous, exclusivement pour cause génératrice la déclaration de volonté, déterminée par un but de droit. Mais cette solution n'est point admise de tous. Qu'on remarque bien que la question ne se confond pas avec la question générale précédemment examinée. La loi par elle-même et seule ne crée pas une situation subjective ; mais, dans l'hypothèse actuellement prévue, la loi n'est plus seule ; il y a un acte juridique ; des effets de droit subjectif se produisent ; ces effets ont-ils bien en réalité pour cause génératrice la volonté individuelle, ou au contraire la loi, dont l'acte juridique ne serait que la condition d'application ? En un mot, un acte de volonté individuelle étant accompli, est-il la cause génératrice effective des effets de droit, ou la condition d'application de la loi, qui seule engendre les effets ? Cette question a été très vivement discutée en Allemagne. Mais, pourrait-on dire, elle est une pure question théorique sans aucun intérêt réel ; l'effet juridique est produit, qu'importe que la cause génératrice en soit la déclaration de volonté ou la loi ? N'y aurait-il là, en effet, qu'une simple question théorique, la solution n'en serait pas moins d'importance, car il est toujours important de repousser des idées théoriquement fausses, qui ont nécessairement un contre-coup dans les relations pratiques. Au surplus, la question offre un intérêt pratique de premier ordre. Ainsi, comme le fait très exactement remarquer Schlossmann[1], si les effets de droits sont produits exclusivement par l'acte

1. Schlossmann, *Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht* de Grünhut, t. VII, p. 543, 1880 (Article critique sur le livre de Zitelmann, *Irrthum und Rechtsgeschäft*).

de volonté individuelle, il est évident que cette volonté devra être exactement la mesure des effets produits, et que seuls pourront se produire les effets voulus. D'autre part, si seule la volonté individuelle produit les effets de droit, l'erreur devra toujours avoir une conséquence directe sur ces effets, et dans le droit la théorie de l'erreur occupera une place prépondérante.

La question a été vivement discutée en Allemagne. Assurément, la théorie de la volonté (*Willenstheorie*), d'après laquelle l'effet de droit est en principe produit par la volonté, est la doctrine dominante, surtout parmi les romanistes et les civilistes; et la grande autorité de Windscheid y a certainement pour beaucoup contribué. Mais la doctrine contraire est défendue par un assez grand nombre d'auteurs des plus autorisés, notamment Thon,[1] Schlossmann[2], Lœnel[3]; elle a de plus assurément toutes les sympathies de quelques publicistes distingués, par exemple en Allemagne Bernatzik[4], et en France M. Michoud[5]. En prenant seulement l'essentiel de cette dernière théorie, elle peut se résumer ainsi. L'effet de droit n'est point produit en réalité par l'acte de volonté individuelle: il est engendré uniquement par le droit objectif; le droit objectif contient un ordre et décide que tel ou tel effet se produira quand tel ou tel état de fait existera; or une déclaration de volonté individuelle est précisément un de ces faits, à l'accomplissement desquels sont subordonnés certains effets de droit; la déclaration de volonté

1. Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, p. 325, 1878.
2. Schlossmann, article cité, *Zeitschrift* de Grünhut, t. VII, p. 543, 1880.
3. Lœnel, *Jahrbücher für Dogmatik*, t. XIX, p. 154, 1881. V. d'ailleurs, pour la bibliographie complète, Windscheid, *Pendekten*, t. I, p. 166, 3e édit., 1891.
4. Bernatzik, *Archiv für offent. Recht*, t. V, p. 260 et suiv., 1890.
5. Michoud, *la Personnalité morale*, *Revue du droit public*, 1899, t. I, p. 210.

individuelle, prise en elle-même, est un simple fait sans efficacité juridique, la réalisation d'une condition à l'arrivée de laquelle était subordonnée l'application de l'ordre de droit, et, cette condition étant ainsi réalisée, l'ordre de droit produit ses effets juridiques. La situation juridique subjective n'est point ainsi l'effet de l'acte de volonté individuelle, mais la conséquence de l'application dans un cas donné de la règle de droit objectif.

Les raisons principales sur lesquelles se fonde cette doctrine sont les suivantes. D'abord, dit-on, on ne peut pas soutenir que l'effet juridique soit produit par la volonté individuelle, parce qu'en fait cette volonté individuelle n'a jamais en vue, à vrai dire, cette situation juridique. Celui qui fait un acte juridique ne dirige pas son intention sur l'effet juridique, mais sur l'effet économique, sur la situation économique qu'il veut créer, sur l'avantage économique qu'il veut obtenir ou faire obtenir. L'homme veut avoir, veut donner, veut user, voilà tout; et sa volonté, qui n'a pas d'autre objet, ne peut avoir d'autre effet; l'ordre de droit intervient alors, quand il reconnaît ces vouloirs légitimes, il les sanctionne, il en assure la réalisation en leur donnant le caractère juridique. L'effet de droit résulte donc uniquement du droit objectif et non de la volonté individuelle. D'autre part, l'effet juridique ne peut pas être considéré comme produit par la volonté individuelle, car il consiste exclusivement et essentiellement dans la protection accordée par l'autorité publique à une certaine situation; par suite, si l'effet de droit était produit par la volonté de l'individu, cette volonté s'imposerait à l'autorité publique, à l'Etat; ce serait le renversement de l'ordre réel des choses. L'Etat n'est point un subordonné; il est un allié; la volonté individuelle ne peut être considérée comme forçant l'Etat à la protéger :

cela, elle est impuissante à le faire, qu'elle se manifeste dans un acte unilatéral ou dans un contrat[1]. On fait observer aussi qu'en fait il se produit souvent des effets qui n'ont point été voulus, qui ne pouvaient pas être voulus par la volonté individuelle; dans tout acte juridique il y a une masse d'effets de droit qui, sans aucune volonté intentionnelle des parties, se produisent à leur avantage ou à leur détriment. Parfois même les effets de droit qui se produisent sont directement contraires à l'intention des parties. Schlossmann cite, à titre d'exemple, le cas du locataire, qui croit acquérir un droit réel sur la chose louée, et du bailleur, qui croit que son locataire acquiert un droit réel; cependant il ne naît qu'un droit de créance. On dit encore : avec la théorie de la volonté, il est absolument impossible d'expliquer l'effet de droit qui se produit à la suite d'un délit; il est évident que l'auteur du délit n'a pas eu en le commettant l'intention de donner naissance à un effet juridique ; et, si l'on suppose que par impossible il ait eu cette intention, il est bien certain que l'effet de droit ne naîtra pas de cette intention, mais de la loi, et que le délit reste délit, c'est-à-dire un acte non juridique. Enfin, dit-on, si la situation juridique était uniquement un effet de l'acte de volonté individuelle, et non de la loi, du droit objectif, il faudrait admettre que la loi ne produit en soi aucun effet, que la loi est la simple constatation d'une règle de droit, que la loi est seulement un jugement hypothétique général, au sens de Zitelmann, qu'il y a une causalité juridique de même ordre que la causalité naturelle, et que le législateur, comme le physicien ou le chimiste, ne fait que constater un rapport de cause à effet. Schlossmann conclut que la théorie de la volonté n'est qu'un cercle

1. V. la critique très pénétrante de la théorie courante du contrat, Schlossmann, *Der Vertrag*, p. 1 et suiv., 1876.

vicieux; en effet, on demande que veut la loi? Et on répond : ce que veut l'individu. Et quand on demande : que veut l'individu? On ne peut répondre que ceci : ce qu'a voulu la loi.

Cependant la théorie de la volonté (*Willenstheorie*), ou théorie de l'autonomie, compte un grand nombre de partisans. Affirmée très nettement par Windscheid[1], développée avec une subtilité souvent nuageuse par Zitelmann[2], elle a été exposée, il y a quelques années, d'une manière très ingénieuse par Enneccerus[3]. Windscheid définit l'acte juridique : une déclaration de volonté privée, dirigée vers un effet juridique. L'individu exprime sa volonté qu'un effet juridique se produise, et l'ordre de droit fait produire un effet juridique, parce qu'il est voulu par l'auteur de l'acte. Cet effet juridique n'est sanctionné par l'ordre de droit que parce qu'il est voulu par une volonté individuelle. Il est donc évident, dit-on, que la cause génératrice de l'effet juridique sera bien uniquement l'acte de volonté individuelle. L'acte juridique est toujours dirigé vers la production d'un effet de droit, c'est-à-dire l'établissement, l'extinction ou la transformation d'un droit. Mais il n'est pas nécessaire que l'effet de droit soit immédiatement produit par l'acte juridique au moment où il est fait : le testament est certainement un acte juridique, bien que l'effet de droit ne se produise que plus tard.

Nous faisons naturellement toutes nos réserves rela-

1. Windscheid. *Pandekten*, t. I. p. 166, 7e édit., 1891 (et toute la littérature, qui y est rapportée); — Id., *Wille und Willenserklärung* (Universitäts Programm, 1878); — Id., *Archiv für civil. Praxis*, t. LXIII, p. 77.

2. Zitelmann, *Irrthum und Rechtsgeschäft*, 1879.

3. Enneccerus, *Rechtsgeschäft*, 1889. — Pernice (*Rechtsgeschäft und Rechtsordnung*, dans *Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht* de Grünhut, t. VII, p. 464, 1880), expose une théorie intermédiaire qui nous a semblé un peu obscure.



tivement à celles de ces formules qui ne cadrent pas avec l'ensemble de notre doctrine. D'autre part, dans la pensée de ses principaux représentants, la *Willenstheorie* ne s'applique qu'aux volontés privées, et non la à volonté étatique. Mais il va de soi que, dans notre conception de l'Etat, cette théorie doit s'appliquer, si elle est vraie, à la volonté des gouvernants et de leurs agents, comme à celles des particuliers, l'une et l'autre étant des volontés individuelles.

Dans la pure théorie de l'autonomie, toute volonté individuelle a le droit d'être protégée, parce qu'elle est une volonté individuelle ; il n'y a point à chercher d'autre cause à la protection légale : la volonté est protégée parce qu'elle est une volonté humaine; tout acte émané de cette volonté, voulant un effet de droit, doit par elle-même produire cet effet. Sans doute il pourra parfois se produire des effets de droit en dehors d'un acte de volonté individuelle; il pourra aussi se produire des effets de droit à l'occasion d'un acte de volonté individuelle, lesquels ne seront pas les effets de cette volonté, comme au cas de délit. Sans doute, au cas de manifestation de volonté faite en vue d'un effet de droit, les effets de l'acte pourront être étendus, précisés par la loi, qui même pourra considérer comme voulus certains effets qui en fait ne l'ont pas été. Mais la cause génératrice des effets juridiques est vraiment la volonté individuelle dirigée vers un effet de droit. Et Windscheid, voulant préciser sa pensée, écrit : « L'acte juridique est la manifestation de la *force créatrice* appartenant à la volonté privée dans le domaine du droit[1]. » Puis le savant pandectiste repousse une à une les raisons invoquées par la doctrine contraire. D'abord cette affirmation, d'après laquelle ce

1. Windscheid, *Pandekten*, t. I, p. 167, note 1, 7e édit., 1891.

qui est voulu dans l'acte juridique, c'est seulement l'effet correspondant au besoin et non pas le mode juridique destiné à produire cet effet, est inexacte, car le prétendu effet correspondant au besoin, ce que Schlossmann appelle l'effet économique, est voulu comme un effet qui doit exister et se produire d'après le droit. Sans doute les moyens artificiels nécessaires pour garantir cet effet sont réglés par le droit, mais l'individu veut bien l'effet comme un effet juridique, puisqu'il le veut tel qu'il est réglé par le droit et accompagné des moyens organisés pour assurer sa réalisation; la preuve en est que, si en fait cet effet économique a été simplement voulu comme effet économique, sans qu'on ait voulu qu'il fût accompagné de la sanction juridique, cet effet ne se produit point en droit. Par conséquent, l'effet de droit est bien attaché à la volonté de l'individu. Et Enneccerus très exactement dit : « Si la volonté est positivement dirigée sur ce qu'un effet juridique ne se produise pas, le droit ne le fait pas se produire[1] .» On a fait valoir sans plus de raison, dit Windscheid, que fréquemment un acte juridique, en dehors de l'effet voulu, engendre encore d'autres effets non voulus; cela ne prouve point que l'effet juridique, qui a été réellement voulu, soit produit par une autre force créatrice que la volonté individuelle. Il est incontestable, ajoute Windscheid, que parfois l'effet juridique est déclaré comme voulu dans l'acte, quoiqu'en fait une volonté n'existe certainement pas. Mais, de ce que dans des cas exceptionnels, pour des raisons diverses, la loi positive assimile l'apparence de la volonté à la réalité de la volonté, il ne suit point qu'au cas de volonté existant réellement l'effet juridique voulu puisse dériver d'une autre source que la volonté.

1 Enneccerus, *Rechtsgeschäft*, p. 39.

Enfin l'acte juridique est un acte de volonté, mais tout acte de volonté n'est pas un acte juridique; l'acte de volonté n'est un acte juridique que lorsqu'il est une manifestation de la force créatrice de la volonté dans le domaine du droit; par conséquent, si cet acte de volonté, dit Windscheid, sort du domaine du droit, l'acte de volonté ne peut pas être un acte juridique; le délit ne sera jamais un acte juridique, même si l'on suppose que par extraordinaire le délit a été commis dans le but de produire l'effet juridique qui naît à l'occasion de ce délit; l'acte de volonté qui sort du domaine du droit reste toujours impuissant en droit, quelle que soit l'intention de son auteur; c'est la loi qui crée alors l'effet juridique, mais cela ne prouve aucunement que, lorsqu'un acte de volonté se manifeste dans le domaine du droit, avec intention de produire un effet de droit, cet acte de volonté ne soit vraiment le principe générateur de cet effet juridique.

Telles sont les deux doctrines en présence. Tous deux considèrent la loi, le droit objectif, comme créés par une volonté souveraine, supérieure à celle des individus. C'est de là surtout que vient la controverse. Avec notre conception de la loi positive, simple constatation de la règle de droit fondée sur le fait de la solidarité sociale, la question ne se pose à vrai dire pas. Cependant, s'il nous fallait opter entre les deux théories qu'on vient de résumer, nous n'hésiterions pas à accepter la *Willenstheorie*. Même en admettant que le droit objectif soit une pure création de la volonté souveraine du législateur, nous ne pouvons comprendre que cette volonté, supérieure sans doute aux volontés individuelles, mais qui leur est étrangère, puisse créer des effets de droit subjectif dans les rapports des individus. Le droit subjectif ne peut avoir de réalité que si on le conçoit comme se rattachant à des volontés tendant à

entrer en relations l'une avec l'autre; le droit subjectif implique donc, quelque notion qu'on se forme de la loi positive, un acte de volonté individuelle qui sera vraiment la cause génératrice de ce droit.

Mais plaçons-nous dans notre conception. De tout ce qui précède, il suit certainement qu'une situation juridique subjective ne peut pas résulter directement du droit objectif pris lui-même comme tel, ni de la loi positive qui ne fait que le constater. Sans doute, la situation juridique subjective ne doit pas être considérée comme un rapport entre deux sujets de droit, mais il n'en est pas moins vrai que cette situation ne se conçoit qu'après qu'un sujet de volonté a voulu, et a voulu que sa volonté ait une action directe ou indirecte sur une autre volonté. Nous dirons donc comme Windscheid : seul l'acte de volonté crée un effet de droit; et c'est bien un effet de droit et non pas un effet simplement économique que veut l'individu qui fait un acte juridique. D'ailleurs cette distinction entre l'effet économique et l'effet juridique est à notre sens complètement arbitraire. Est un effet de droit tout agissement, voulu légitimement, parce qu'il est conforme à la solidarité sociale. Il est absolument impossible de distinguer entre l'effet juridique ainsi compris et l'effet dit économique. Il est bien évident qu'il y a des actes de volonté qui ne produisent pas des effets de droit, des actes dont l'auteur consciemment ne dirige pas sa volonté vers une application et une réalisation de la solidarité sociale; et Windscheid cite cet acte de la vie quotidienne par lequel un maître donne à son domestique l'ordre de brosser son vêtement; cette déclaration de volonté du maître ne produira aucun effet économique ni juridique. Mais celui qui achète une maison veut acquérir la maison et l'acquérir *socialement;* il veut réaliser une application de la solidarité par division du travail,

collaborer à ce mode de solidarité. L'effet est à la fois économique et juridique; les deux éléments sont indivisibles; et l'effet est cette collaboration à la solidarité sociale. Cette collaboration a pour cause génératrice uniquement l'acte de volonté individuelle; cette collaboration, en son aspect concret, est une situation juridique subjective, et évidemment elle ne peut avoir pour cause génératrice que l'acte de volonté individuelle.

Mais la doctrine de l'autonomie paraît aller plus loin; elle semble admettre que la volonté individuelle est protégée comme telle, en tant que volonté humaine; et cela se rattache à la doctrine individualiste pure. Nous avons repoussé à plusieurs reprises la conception individualiste. La volonté humaine n'est pas protégée socialement en tant que volonté humaine; prise en elle-même, elle n'a aucune force créatrice quant au droit; et les adversaires de la *Willenstheorie*, Schlossmann notamment, ont raison de dire que cette doctrine est dans l'impossibilité d'expliquer, comment la volonté individuelle prise en soi peut créer le droit, peut s'imposer à la souveraineté du pouvoir politique, si on admet cette souveraineté, peut obliger l'Etat, que l'on considère comme une volonté ne se déterminant que par elle-même, à mettre en mouvement la contrainte matérielle, pour assurer la réalisation du résultat voulu par l'individu, son sujet. Schlossmann a raison aussi d'affirmer que, dans le contrat, l'effet juridique ne peut pas plus s'expliquer par le concours des deux volontés que par les deux volontés prises séparément du débiteur et du créancier[1]. Nous échappons à l'objection et nous disons: Une volonté individuelle ne peut point, en elle-même et par elle-même, produire un effet de

1. Schlossmann, *Zeitschrift* de Grünhut, t. VII, p. 543, 1880, et *Vertrag*, p. 1 et suiv.

droit; seul produit un effet de droit l'acte de volonté, déterminé par un but social, reconnu par suite légitime par le droit objectif; et, si le droit objectif est constaté par la loi positive, c'est l'acte de volonté, juridique parce qu'il est conforme à la loi, qui produit l'effet de droit. D'autre part, ce n'est point la volonté individuelle qui s'impose à l'Etat, aux gouvernants détenteurs de la puissance de contraindre, mais c'est la règle générale de droit qui leur impose un devoir objectif, le devoir objectif de coopérer, par la force dont ils disposent, à la réalisation d'un effet de droit légitimement voulu par un individu. L'objection tirée de la souveraineté de l'Etat ne nous touche pas, puisque nous nions cette souveraineté, puisque les gouvernants ne sont que des individus comme les autres, soumis comme tous à la règle de droit, qu'ils constatent par la loi, mais qu'ils ne créent pas. L'effet de droit, qui n'est qu'une contribution réalisée à la solidarité sociale sous l'une de ses deux formes, est en vérité produit à la fois par la volonté individuelle et par l'ordre de droit; il y a là une union indissoluble, ou plutôt il n'y a qu'une seule et même chose, la volonté individuelle traduisant le droit objectif, ou le droit objectif se révélant par une manifestation externe d'une volonté consciente d'elle-même, un fait social saisi par la conscience et réalisé par la volonté. Le tort de toutes les doctrines précédentes, c'est d'avoir méconnu cette fusion intime, d'avoir séparé deux choses, qui en réalité n'en font qu'une seule. Les unes disent : l'effet de droit est produit par l'acte de volonté individuelle; les autres : l'effet de droit est produit par l'ordre de droit. La vérité est que l'effet de droit est produit par l'acte de volonté et par l'ordre de droit formant un tout indivisible. Seul l'un ou l'autre est impuissant, l'acte de volonté, parce qu'il est sans valeur lorsqu'il n'est pas adéquat à l'ordre juri-

dique; l'ordre juridique, parce qu'il est sans valeur effective et pratique, lorsqu'il ne se réalise pas dans une volonté individuelle se traduisant à l'extérieur par un acte conscient.

Quant à l'objection tirée de ce que des faits volontaires, accomplis sans intention de produire des effets de droit, ou plutôt étrangers à la solidarité sociale, tels que les délits, ou des faits involontaires comme la naissance ou la mort, produisent cependant des effets juridiques, elle ne nous arrête point. En effet on a déjà montré que les effets, qui paraissent se produire à la suite d'un délit, d'une naissance, d'un décès, ne constituent certainement pas une situation juridique subjective, mais consistent exclusivement en des pouvoirs et des devoirs objectifs. Un fait délictuel, un fait involontaire ne sont pas générateurs d'une situation juridique subjective; ils sont simplement la condition d'application d'une règle de droit objectif, qui peut légitimer un vouloir individuel tendant à la création d'une situation subjective [1].

Une dernière observation se rattache directement à la distinction, développée précédemment, entre la partie normative et la partie constructive de la législation [2]. L'application d'une règle de droit implique un acte de volonté individuelle; par conséquent, la mise en œuvre pratique des règles constructives créées par le législateur implique aussi au préalable un acte de volonté individuelle. Si l'on suppose donc une loi complète, contenant la constatation de la norme juridique et aussi des dispositions constructives, ces dernières ne recevront leur application que lorsqu'un acte de volonté individuelle s'étant produit, conforme à la norme, il s'agit d'assurer l'application de cette norme, en procu-

1. V. *supra*, ch. III, §§ 6 et 7.
2. V. *supra*, ch. VII, §§ 3-5.

rant la réalisation de l'effet juridique légalement voulu. On peut dire alors très justement qu'une situation juridique est construite. La situation juridique elle-même est une contribution à la solidarité sociale; la situation juridique construite est cette contribution, organisée artificiellement, nous voulons dire, par les procédés de l'art humain, de telle façon que l'effet voulu se réalise effectivement. La construction juridique d'une situation juridique subjective est donc l'ensemble des règles de législation constructive, appliquées à une situation juridique subjective concrète, créée par un acte de volonté, ou plus simplement l'ensemble des moyens créés par le législateur et destinés à assurer la réalisation de l'effet juridiquement et légitimement voulu dans un acte de volonté individuelle. Cette expression de construction juridique est courante en Allemagne ; elle tend à passer de plus en plus dans la terminologie française, mais cependant avec un sens moins précis et plus général que celui que nous lui donnons.

Cela posé, il apparaît évident que, si la volonté individuelle, légitimée par le but qui la détermine, quand ce but est conforme au droit objectif, crée la situation juridique subjective, elle ne crée point la construction juridique de cette situation ; c'est-à-dire, elle ne donne point naissance aux moyens existant en fait à une époque et dans un pays donnés, et destinés à assurer la réalisation effective des effets voulus. Cette construction juridique est œuvre artificielle du législateur, et c'est la loi, en sa partie constructive, qui la crée et l'organise. Mais cette observation laisse intacte toute notre théorie. La loi en son essence est la norme ; par elle-même elle ne crée rien; elle légitime la volonté créatrice ; cette volonté s'étant manifestée, la situation juridique est née; la partie constructive de la législation s'applique,

si elle existe et dans la mesure où elle existe; elle ne crée point la situation de droit, qui existe déjà par l'acte de volonté individuelle; elle l'organise et détermine les moyens qui pourront être en fait employés pour que l'effet voulu soit effectivement obtenu. Cette application de la législation constructive a un caractère obligatoire ou non obligatoire, suivant les distinctions précédemment établies, caractère facultatif quand la règle constructive s'adresse aux particuliers, caractère obligatoire ou facultatif, quand elle s'adresse aux agents des gouvernants[1]. A titre d'exemple, on peut citer le cas d'un individu devenant créancier à la suite d'une vente. La vente, acte de volonté individuelle conforme à la solidarité sociale, crée une situation juridique subjective. Cette situation ne peut pas exister sans un acte de volonté des parties. Mais dans les pays à législation avancée, cette situation juridique, née de la vente, est juridiquement *construite*; cette construction juridique de la vente n'est certainement pas un produit de la volonté des parties; elle se forme même sans que les parties aient songé à la vouloir. Ainsi tombe l'objection de Schlossmann et la principale critique qu'il adresse à Zitelmann. Cette construction juridique comprend l'ensemble des dispositions artificielles, prises par le législateur positif pour assurer la réalisation complète de l'effet social légitimement voulu par les parties; elle comprend notamment les règles d'après lesquelles l'autorité compétemment saisie devra apprécier l'étendue, la portée, l'effet de la situation subjective créée par la volonté des parties; la détermination des conséquences de ce fait que si le vendeur n'est pas propriétaire il doit la garantie de l'éviction; cette garantie est simplement une mesure prise par un législateur positif pour assurer la réalisation du résultat légitimement

1. V. *supra*, chap. VII, § 5.

voulu, ou si cela est impossible, la réalisation de l'équivalent. Enfin rentrent encore dans la construction de la situation juridique toutes les mesures de conservation et d'exécution, qui pourront ou devront être prises par les agents des gouvernants, soit spontanément, soit sur la demande des intéressés[1].

Il importe en outre de remarquer que cette construction juridique, qui dérive de la loi, n'est point, à vrai dire, en soi une situation subjective; elle vient compléter, sanctionner une situation juridique subjective déjà créée. Cette construction est l'application d'une règle objective, qui détermine les pouvoirs de vouloir, les pouvoirs objectifs, appartenant, à l'occasion d'une situation créée par la volonté individuelle, aux particuliers intéressés et aux agents des gouvernants. L'acte de volonté des parties est la condition d'application de la loi objective, qui réglemente une situation déterminée créée par cette volonté. Ici encore, cette législation constructive crée un pouvoir objectif pour les particuliers, et pour les agents une véritable compétence; on montrait plus haut que cette compétence a tous les caractères d'un pouvoir objectif. Finalement, dans un pays à législation avancée, l'acte juridique créateur d'une situation juridique subjective est en même temps la condition d'application des règles constructives qui déterminent les pouvoirs objectifs, appartenant aux particuliers intéressés et aux agents, pour assurer l'obtention effective d'un résultat légitimement voulu.

Notre proposition précédente reste donc tout entière. La loi positive, ni dans sa partie normative, ni dans sa partie constructive, ne crée jamais une situation juridique subjective; la loi positive crée seulement, comme le droit objectif qu'elle constate et qu'elle tend à réaliser, des pouvoirs et des devoirs objectifs.

1. Enneccerus, *Rechtsgeschäft*, p. 22.

CONCLUSION

Notre conclusion générale sera surtout négative comme l'idée même qui a inspiré ce livre.

Les théories modernes, relatives à l'Etat et au droit public, reposent en général sur les idées suivantes. L'Etat est la collectivité personnifiée, conçue comme un sujet de droit. L'Etat-personne a une volonté, qui possède le pouvoir à elle propre de ne se déterminer jamais que par elle-même. Ce pouvoir est la souveraineté; il a pour titulaire l'Etat. En vertu de cette souveraineté, l'Etat crée le droit objectif par sa toute-puissance; et il en assure le respect par la force. L'Etat intervient de plus pour assurer le progrès de la civilisation et sa propre conservation. Mais il ne perd jamais son caractère de personne souveraine, et tous ses actes sont des actes de puissance publique. Ce caractère est plus ou moins apparent, il existe toujours. L'Etat agit par l'intermédiaire d'individus; mais ceux-ci n'ont point de pouvoirs à eux propres; ils ne sont que les organes de la personne Etat. Il y a donc un droit public bien distinct du droit privé. Il comprend les règles relatives à l'organisation de l'Etat et aux rapports de celui-ci avec les autres personnalités. Ces rapports sont toujours ceux d'une puissance souveraine avec une autre puissance souveraine ou avec des personnalités subordonnées; ils sont absolument distincts des rapports privés, qui naissent entre personnes non souveraines et égales.

Néanmoins on a compris que cette souveraineté de l'Etat ne pouvait être en fait une souveraineté absolue et sans limite. Et cependant, si elle crée le droit comment peut-elle être limitée par le droit? Longtemps, on a cru

résoudre la difficulté par la conception des droits individuels naturels; mais on reconnaît aujourd'hui, que cette doctrine est sans fondement solide ; le néo-individualisme lui-même, s'il peut fixer la limite d'action qui s'impose à l'Etat, est impuissant à fonder les obligations actives qui lui incombent. La doctrine individualiste abandonnée, il ne reste que l'idée de l'auto-limitation étatique : l'Etat souverain, qui se détermine par lui-même, peut aussi se limiter lui-même; et tout le droit public n'aurait ainsi d'autre fondement que l'auto-limitation de l'Etat. Une personne collective souveraine; un droit objectif créé par cette volonté souveraine; des rapports nés entre cette personne souveraine et les autres personnalités, rapports qui n'ont d'autre garantie que les restrictions que la souveraineté veut bien apporter à elle-même : voilà l'Etat et le droit public tels que les ont faits la grande majorité des juristes modernes.

Nous avons essayé de montrer le néant et le danger de ces diverses conceptions. La personnalité de l'Etat suppose que toute collectivité a une existence réelle, distincte de celle des individus qui la composent. Or cette existence n'a jamais été démontrée. On est obligé d'en faire l'aveu : les uns déclarent que cette personnification n'est vraie que dans le monde du droit, les autres qu'elle est une fiction, d'autres qu'elle est une abstraction. Or la science du droit, si elle existe, n'est pas dans un monde à part, mais dans le monde des réalités; elle n'a pas pour objet des fictions ou des abstractions. mais des faits concrets. De l'avoir méconnu, les juristes s'épuisent depuis des siècles en des controverses scolastiques sans objet et sans profit. D'autre part la notion de souveraineté aboutit fatalement à l'absolutisme de l'Etat; la théorie de l'auto-limitation est en fait impuissante à l'empêcher. Or la science du droit

public n'est digne de ce nom que si elle établit le fondement d'une règle supérieure à l'Etat lui-même, laquelle fixe ses devoirs négatifs et positifs. Enfin, faire de l'Etat la collectivité personnifiée et l'opposer à l'individu qui lui serait subordonné, c'est créer ou aggraver le conflit entre l'individu et la collectivité, entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif; c'est attiser les luttes sociales et préparer à brève échéance le triomphe ou de l'anarchisme révolutionnaire ou du collectivisme tyrannique. Derrière les formules courantes des juristes, nous ne trouvons donc que le vide ou de dangereuses conceptions.

Il fallait essayer cependant de montrer où était la réalité. Nous croyons que les deux faits irréductibles et incontestables sont la conscience et la volonté individuelles. D'autre part, l'observation établit que l'homme est social, c'est-à-dire solidaire des autres hommes. Cette solidarité bien comprise n'est que la coïncidence permanente des buts individuels et sociaux. L'homme, être individuel et social, ne peut vivre que par cette solidarité. Il en a une conscience, qui varie suivant les époques, mais qui a toujours existé. La solidarité sociale est ainsi le tout de l'homme. Par conséquent, si l'homme se veut lui-même, il doit vouloir la solidarité sociale. S'il y a une loi sociale, elle ne peut être qu'une loi des buts, c'est-à-dire une règle de conduite, parce qu'elle s'applique à des volontés. Elle se résume tout entière en cette formule : Veux la solidarité. Règle de conduite variable et, contingente dans ses applications, mais toujours identique à elle-même dans son fondement; règle de conduite qui est vraiment la règle de droit, s'imposant à tous avec la même rigueur.

Quant aux collectivités qu'on qualifie d'Etat, elles se caractérisent seulement par ce fait qu'il y a chez elles une différenciation marquée et durable entre les forts et les faibles, que les plus forts monopolisent une force

dont ils ont conscience et que souvent ils ont organisée. Distinction entre les gouvernants, détenteurs d'une plus grande force, et les gouvernés soumis à cette force, voilà l'Etat. La règle de droit s'impose aux gouvernants qui sont des individus comme les gouvernés. Ils doivent agir conformément au droit objectif et ne peuvent agir que dans les limites fixées par lui. Leur volonté n'est point en soi supérieure à celle des gouvernés ; comme celle-ci, elle s'impose quand elle est conforme au droit, et seulement à cette condition. La force des gouvernants n'est point légitime en soi, mais seulement lorsqu'elle est employée à sanctionner le droit, c'est-à-dire à garantir toute coopération à la solidarité sociale. Ainsi l'Etat n'est point le représentant exclusif de l'intérêt collectif ; il est la force consciente devant protéger la solidarité sociale, synthèse féconde de l'intérêt individuel et de l'intérêt collectif.

Dans les sociétés parvenues à un certain degré de civilisation, et particulièrement dans les sociétés modernes, les gouvernants formulent des dispositions dites lois positives. On y voit habituellement la création du droit objectif par la volonté souveraine de l'Etat. Nous n'y avons trouvé que la constatation de la règle de droit et l'organisation des moyens destinés à en assurer le respect. La loi positive est sans doute impérative. Ce n'est point qu'elle contienne un ordre formulé par les gouvernants. Ceux-ci ne peuvent pas commander aux gouvernés ; ils sont des individus comme eux. La loi est impérative parce qu'elle constate la règle de droit, qui elle-même est impérative. La loi positive possède d'ailleurs les mêmes caractères que la règle de droit : elle est générale, continue et s'impose à tous, gouvernants et gouvernés ; elle ne crée point de droits subjectifs, elle implique seulement des pouvoirs et des devoirs objectifs.

Une situation subjective ne peut naître que d'un acte de volonté individuelle; elle apparaît toutes les fois qu'une volonté individuelle, quelle qu'elle soit, volonté gouvernante ou volonté gouvernée, est déterminée dans son vouloir par un but conforme au droit, c'est-à-dire par un but de solidarité sociale. On ne doit point faire rentrer cette situation juridique subjective dans la notion *a priori* d'un rapport entre deux sujets de droit, cadre étroit emprunté au formulaire du droit romain, ou survivance surannée d'un faux individualisme. Un but de solidarité est voulu; il doit se réaliser, et toute force consciente est obligée de coopérer à cette réalisation. Toutes les doctrines, toutes les controverses sur le sujet de droit sont sans objet. Seul le but de solidarité légitime le vouloir individuel, et tout vouloir individuel déterminé par un tel but produit un effet de droit, qui doit être protégé.

Des consciences et des volontés individuelles solidaires les unes des autres; une règle fondée sur cette solidarité, loi des consciences et des volontés individuelles; des individus plus forts que les autres qui, en vertu de cette règle, doivent mettre leur force au service de la solidarité; constatation de cette règle par les gouvernants et organisation des moyens destinés à la sanctionner; voilà l'Etat, le droit objectif et la loi positive. Les notions de personnalité étatique, de souveraineté, de sujet de droit ne répondent point à la réalité et doivent être définitivement bannies.

Peut-être nous faisons-nous illusion. Peut-être, nous aussi, mettons-nous à la place des faits de pures abstractions, et comme les juristes que nous critiquons, avons-nous tenté de faire rentrer dans une conception *a priori* les phénomènes si complexes et si multiples du monde social. Nous ne nous dissimulons point les imperfections de ce livre. Nous l'avons écrit de bonne

foi, convaincu plus que personne de l'extrême difficulté des choses. Nous sommes-nous trompé, et la vérité est-elle ailleurs? Après tout, c'est possible. Quoi qu'il en soit, nous croyons fermement que les juristes, en persistant dans la voie où ils se sont engagés depuis des siècles, demeurent étrangers à tout progrès scientifique et méconnaissent, ce qui est plus grave, les aspirations et les besoins de notre époque.

ADDITIONS ET CORRECTIONS

P. 5, note 2, *ajoutez :* Cf. Tezner, *Zur System der subjektiven Rechte von Jellinek*, dans *Zeitschrift* de Grünhut, t. XXI, p. 107, 1894.

P. 30, note 1, *ajoutez :* Cf. Starcke, *la Personnalité libre*, dans *Annales de l'Institut international de sociologie*, t. V, p. 225, 1899. L'auteur proteste contre les différentes formes de l'individualisme (anarchisme, socialisme, féminisme); le culte de la personnalité libre « est à la fois la force et la maladie de notre temps » ; l'individu n'est devenu cette personnalité libre et sensible que parce que son existence « roule autour du soleil de l'humanité »!

P. 62, note 1, *ajoutez :* Kistiakowski, *Gesellschaft und Einzelwesen*, 1899; — Wenzel, *Gemeinschaft und Persönlichkeit im Zusammenhange mit den Grundzügen geistigen Lebens*, 1899, qui conclut comme nous que la personnalité et la communauté croissent parallèlement et qu'il n'y a pas d'opposition réelle entre les principes invoqués par l'individualisme et ceux invoqués par le collectivisme.

P. 127, ligne 16, au lieu de *Herrscher*, *lisez Herrschen.*

P. 131, ligne 16, au lieu de Hoenel, *lisez* Hænel.

P. 154, note 1, *ajoutez :* M. Mestre (*Les personnes morales et le principe de leur responsabilité morale*, 1899, p. 136) déclare que « les groupements sont doués par le seul fait de leur existence d'une volonté distincte de celle de leurs membres ». Pas plus que Zitelmann, M. Mestre ne démontre l'existence de cette volonté.

P. 155, note 1, ligne 3, au lieu de *Begriffer*, *lisez Begriff der;* au lieu de *für das öffentliches*, *lisez für öffentliches.*

P. 155, note 2, ligne 3, au lieu de Hoenel, *lisez* Hænel.

P. 208, note 1, *ajoutez :* Cf. dans le même sens, Lévy, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, p. 88, thèse, 1896.

P. 240, note 1, ligne 2, au lieu de 1894, *lisez* 1898.

P. 241, note 1, *ajoutez :* Cf. Laband, *Staatsrecht des deutsches Reiches*, t. I, p. 52 et 85, 3ᵉ édit., 1895, et trad. Gandilhon, t. I, p. 158, 1900. — Sur la personnalité de l'Etat, voir aussi Giner,

Estudios y Fragmentos sobre la teoria de la persona social, 1899; — Posada, *La doctrine des personnes sociales*, dans *Revue du droit public*, 1900, t. II, p. 65 et suiv.

P. 320, note 1, *ajoutez :* M. Hauriou (*Droit administratif*, p. 13 et suiv., 4e édit., 1900-1901) déclare que la souveraineté a une nature complexe : « ... elle est une force, le pouvoir politique suprême ; elle est une liberté ; elle est un principe de conduite ; elle s'emploie au gouvernement de la société ; elle a pour fin principale la réalisation de la chose publique. La souveraineté est comme la personnalité humaine, à la fois simple et complexe, une et triple .» — Par cette formule savante, M. Hauriou affirme donc simplement la personnalité de l'Etat. Quant à comprendre ce mystère d'une souveraineté une et triple en même temps, nous y renonçons.

P. 353, note 2, *ajoutez :* Cf. Neukamp, *Das Zwangsmoment im Recht in entwickelungsgeschichtlicher Bedeutung*, dans *Iahrbuch der internat. Vereinigung für vergleichende Rechtwissenschaft*, 1898, p. 22, cité d'après l'*Année sociologique* de Durkheim, 3e année, 1898-99, p. 324.

P. 432, note 2, *ajoutez :* M. Hauriou établit aussi nettement la distinction du point de vue formel et du point de vue matériel. « Envisagée au point de vue de sa matière, dit-il, la loi est une représentation des rapports sociaux vus dans le régime d'Etat... La matière de la loi est une réforme dans le sens de la liberté. » Dans sa théorie de la loi, M. Hauriou arrive à beaucoup d'égards aux mêmes conséquences que celles que nous rattachons à la distinction de la législation normative et de la législation constructive (cf. chap. VII, §§ 3-5 du présent volume) ; il paraît appeler partie réglementaire de la loi ce que nous appelons partie constructive. Mais l'expression *réglementaire* prête à des confusions ; et notre savant collègue nous semble l'employer lui-même dans deux sens différents (Hauriou, *Droit administratif*, p. 31, 4e édit. 1900-1901).

P. 477, note 1, ligne 2, au lieu de *Staatstlehre*, *lisez Staatslehre*.

P. 535, note 1, *ajoutez :* Cf. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, p. 44, 5e édit., 1897.

P. 568, note 1, *ajoutez :* Lainé, *Considérations sur le droit international privé*, dans *Revue critique*, 1900, p. 350 et suiv.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

CHAPITRE I

La Solidarité sociale

CHAPITRE II

La Règle de droit

CHAPITRE III

L'Acte juridique

CHAPITRE IV

Les Gouvernants

CHAPITRE V

La volonté des gouvernants



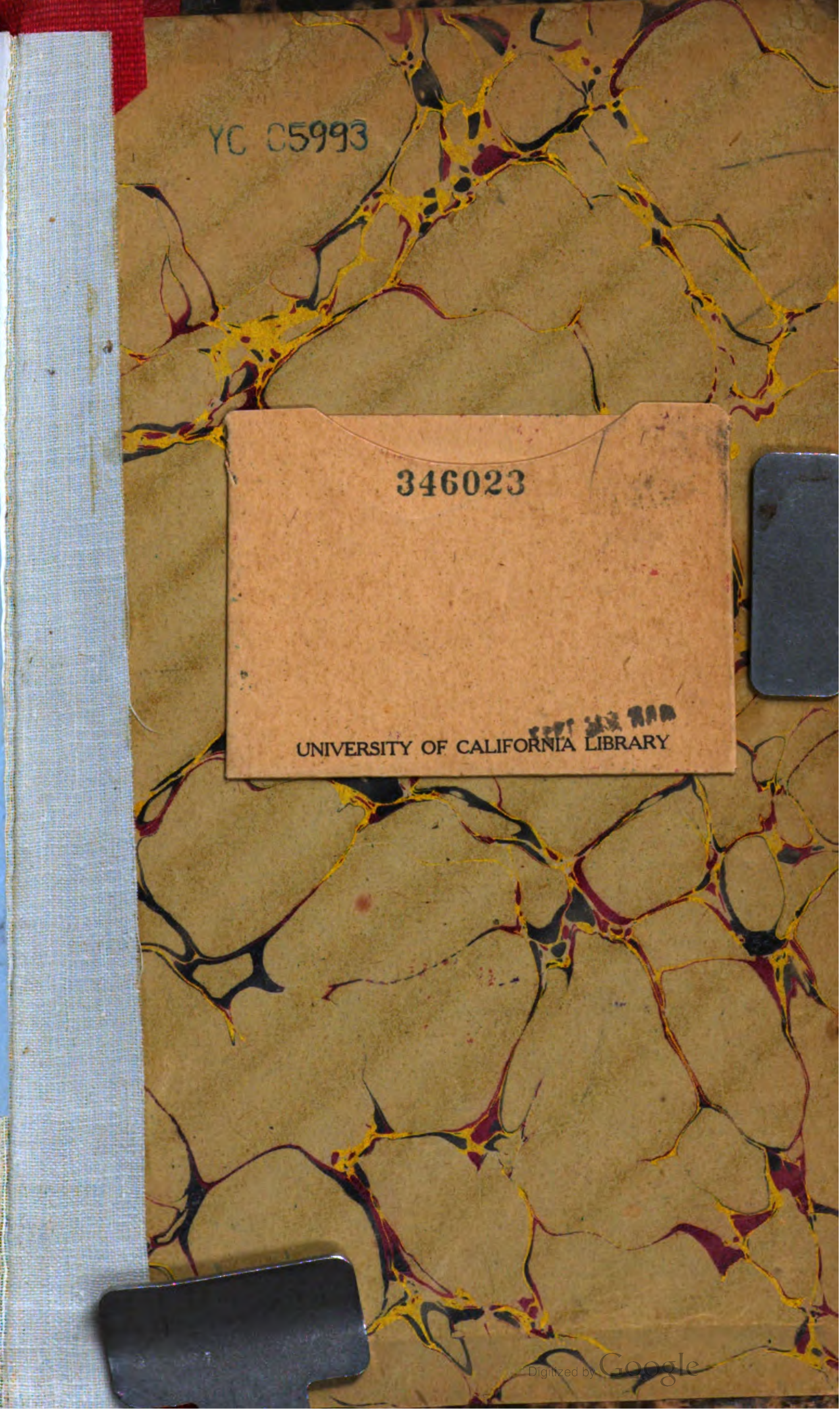
CHAPITRE VI

La volonté législative

CHAPITRE VII

Les caractères essentiels de la loi positive

TOURS, IMPRIMERIE DESLIS FRÈRES, 6, RUE GAMBETTA.


YC 05993
346023
UNIVERSITY OF CALIFORNIA LIBRARY
Digitized by Google

